المغني

لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة
المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي ت ٦٢٠ هـ
على مختصر أبي القاسم عمر بن الحسين الخرقي

ويليه

الشرح الكبير

لشمس الدين عبد الرحمن بن محمد
ابن أحمد بن قدامة المقدسي ت ٦٨٢ هـ
وكلاهما على مذهب إمام الأئمة أبي عبد الله أحمد بن حنبل

تحقيق

الدكتور محمد شرف الدين خطاب
رئيس قسم الشريعة بجامعة المنيا

الدكتور السيد محمد السيد
الأستاذ سيد إبراهيم صادق

الجزء السادس

دار الحديث
القاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

المُغْنِي

وَيَلِيه

الشَّرْحُ الكَبِيرُ

اسم الكتـــاب : المغـــني

اسم المؤلـــف : ابن قدامة المقدسي

اسم المحقــــق : د محمد شرف الدين ، د السيد محمد السيد

القطــــــع : ١٧×٢٤سم

عدد المجـلدات : ١٤ مجلداً + ٢ فهارس

سنة الطبــــع : ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م

رقــم الإيــداع : ٩٦٣٣ / ١٩٩٥م

الترقيــم الدولى : ٢ - ٠٦٨ - ٥٢٢٧ - ٩٧٧

دار الحديث

طبع . نشر . توزيع

١٤٠ شارع جوهر القائد أمام جامعة الأزهر تليفون ٥١١٣٠٣٦ / ٥٩١٨٧١٩ / ٥٩١٩٦٩٧ / فاكس ٥٩١٩٦٩٧

www.darelhadith.com E-mail: info@darelhadith.com

بسم الله الرحمن الرحيم

بـــــاب القـــــرض

والقرض نوع من السلف، وهو جائز بالسنة والإجماع، أما السنة، فروى أبو رافع أن النبى ﷺ استسلف من رجل بكرًا، فـقدمت علـى النبى ﷺ إبل الصدقـة، فأمـر أبا رافع أن يقضى الرجل بكره، فـرجع إليه أبو رافع فقـال يا رسول الله لم أجد فيـها إلا خيارًا رباعـيا، فقال: أعطه فإن خير الناس أحسنهم قضاء» رواه مسلم[١]، وعن ابن مسعود: أن النبى ﷺ قال: «ما من مسلم يقرض مسلمًا قرضًا مرتين إلا كان كصدقة مرة» وعن أنس قال: قال رسول الله ﷺ : «رأيت ليلة أسرى بى على باب الجنة مكتوبًا الصدقة بعشر أمثالها والقرض بثمانية عشر، فـقلت: يا جبريل ما بال القـرض أفضل من الصدقة؟ قال: لأن السـائل يسأل وعنده، والمستقرض لا يستقـرض إلا من حاجة» رواهما ابن ماجه[٢]، وأجمع المسلـمون على جواز القرض.

بـــــاب القـــــرض

وهو نوع من السلف، وهو جـائز بالسنة والإجـماع، أمـا السنة فـروى أبو رافع أن النبى ﷺ استسلف من رجل بكرًا فـقدمت على النبى ﷺ إبل الصدقة فـأمر أبا رافع أن يقضى الرجل بكره فرجع إليـه أبو رافع فقال: يا رسول الله لم أجـد فيها إلا خـيارًا رباعيّـا، فقال: «أعطه فإن خير الناس أحسنهم قضاء» رواه مـسلم، وعن ابن مسعود أن النبى ﷺ قال: «ما من مسلم يقـرض مسلمًا قرضًـا مرتين إلا كان كصـدقة مرة» وعن أنس قال: قـال رسول الله ﷺ : «رأيت ليلة أسرى بى على باب الجنة مكتوبًا الصـدقة بعشر أمثالها، والقـرض بثمانية عشـر فقلت: يا جبـريل ما بال القـرض أفضل من الصدقـة؟ قال: لأن السـائل يسأل وعنده، والمسـتقرض لا يسـتقرض إلا من حاجـة» رواهما ابن ماجـه، وأجمع المسلمـون على جواز القرض.

---

(١) تقدم برقم (٧) من كتاب السلم.

(٢) **الأول**: أخرجه ابن مـاجه (٢/ ح٢٤٣٠) والحديث إسناده حسن، كمـا بين الشيخ الألبانى فى الإرواء (١٣٨٩) فيه القول من طرق فليراجع.

الثانى: أخرجه ابن ماجه (٢/ ح٢٤٣١) وفى إسناده خالد بن يزيد ضـعفه أحمد وابن معين وأبو داود والنسائى وأبو زرعة والدراقطنى وغيرهم.

فـــصل: والقرض مندوب إليه فى حق المقرض مباح للمقترض، لمـا روينـا من الأحاديث، ولمـا روى أبو هريرة أن النبى ﷺ قال: «من كـشف عن مسلم كـربة من كرب الدنيا كـشف الله عنه كربة من كرب يوم القـيامة، والله فى عون العـبد ما دام العبـد فى عون أخيه»(٣) وعن أبى الدرداء أنه قال: «لأن أقرض دينارين ثم يردان، ثم أقرضهما أحب إلىّ من أن أتصدق بهما» ولأن فيه تفريجًا عن أخيه المسلم وقضاء لحاجته وعونًا له، فكان مندوبًا إليه كالصـدقة عليه وليس بواجب، قال أحـمد: لا إثم على من سئل القـرض فلم يقرض، وذلك لأنه من المعروف، فأشبه صدقـة التطوع، وليس بمكروه فى حق المقرض، قال أحمد: ليس القرض من المسألة، يعنى ليس بمكروه، وذلك لأن النبى ﷺ كـان يستقرض بدليل حديث أبى رافع ولو كان مكروهًا كان أبعـد الناس منه، ولأنه يأخذه بعوضه، فأشـبه الشراء بدين فى ذمته، قـال ابن أبى موسى: لا أحب أن يتحـمل بأمانته ما ليس عنده، يعنى مـا لا يقدر على وفائه، ومن أراد أن يسـتقرض فليـعلم من يسأله القـرض بحاله، ولا يغره من نفـسه، إلا أن يكون الشيء اليسير الذى لا يتعذر رد مثله، قال أحـمد: إذا اقترض لغيره ولم يعلمه بحاله لم يعجبنى، وقال: مـا أحب أن يقترض بجاهه لإخوانه، قال القـاضى: يعنى إن كان من يقترض له غير معروف بالوفاء، لكونه تغريرًا بمال المقرض وإضرارًا به، أما إذا كان معروفًا بالوفاء لم يكره، لكونه إعانة له وتفريجًا لكربته.

١- **مسألة:** (وهو من المرافق المندوب إليها فى حق المقرض).

لما روينا من الأحاديث، ولما روى عن أبى الدرداء أنه قال: لأن أقرض دينارين ثم يردان ثم أقرضهما أحب إلىّ من أن أتصدق بهما، ولأن فيه تفريجًا عن أخيه المسلم وقضاء لحاجته فكان مندوبًا إليـه كالصـدقة وليس بواجب، قـال أحمـد: لا إثم على من سئل فلم يـقرض، وذلك لأنه من المعروف أشبه صدقة التطوع وهو مـباح للمقترض وليس مكروهًا، قال أحمد: ليس القرض من المسألة يريد أنه لا يكره، لأن النبى ﷺ كان يستقرض، وقد ذكرنا حديث أبى رافع»(١) ولو كان مكروهًا كان أبعد الناس منه، قال ابن أبى موسى: لا أحب أن يتحمل بأمانتـه ما ليس عنده، يريد ما لا يقـدر على وفائه، ومن أراد أن يستـقرض فليعلم المـقرض بحاله ولا يغره من نفسه إلا الشيء اليسير الذى لا يتعـذر مثله، وقال أحمد: إذا اقترض لغيره ولم يعلمه بحاله لم يعجبنى وقال: ما أحبّ أن يقترض بجاهه لإخوانه، قال القاضى: إذا كان

---

(٣) أخرجـه مسلم (٤/ ذكـر ودعاء/ ٢٠٧٤/ ح٣٨) بلفظ: «من نفس عن مـؤمن... نفس الله عنه...» الحـديث، والتـرمذى (٢/ ح١٩٣٠) بلفظ مـسلم، وابن مـاجـه (١/ ح٢٢٥) بلفظ: «من نفس عن مـسلم...» الحديـث وأحمـد فى مسـنده (٢/ ٢٥٢) بلفظ مسلـم، (٢/ ٢٩٦) بلفظ: «من نفس عن أخيه» (٢/ ٥٠٠، ٥١٤) بلفظ: «من نفس عن أخيه».

(١) تقدم برقم.

فــصل: ولا يصح إلا من جائز التصــرف لأنه عقد على المال، فلم يصلح إلا من جــائز التصرف كالبيع، وحكمه فى الإيجاب والقبول حكم البيع على ما مضى، ويصح بلفظ السلف والقرض، لورود الشرع بهما، وبكل لفظ يؤدى مـعناهما، مثل أن يقول: ملكتك هذا على أن ترد عليَّ بدله، أو توجد قـرينة دالة على إرادة القرض، فإن قال: ملكتك، ولـم يذكر البدل، ولا وجد ما يدل عليه، فهو هبة، فإن اخـتلفا فالقول قول الموهوب له، لأن الظاهر معه، لأن التمليك من غير عوض هبة.

فــصل: ولا يثبت فيـه خيار ما، لأن المقرض دخل على بصيرة أن الحظ لغـيره، فأشبه الهبـة، والمقـترض متى شـاء رده، فيسـتغنى بذلك عن ثبـوت الخيار له، ويثـبت الملك فى القرض بالقبض، وهو عقد لازم فى حق المقرض، جائز فى حق المقترض، فلو أراد المقرض الرجوع فى عين ماله لم يملك ذلك، وقال الشافعي: له ذلك لأن كل ما يملك المطالبة بمثله ملك أخذه إذا كان موجودًا كالمغصوب والعارية.

ولنا: أنه أزال ملكه بعوض مـن غير خيـار، فلم يكن له الرجوع فيـه كالمبـيع، ويفارق المغصوب والعارية، فإنه لم يزل ملكه عنهما، ولأنه لا يملك المطالبة بمثلهما مع وجودهما، وفى مسألتنا بخـلافه، فأما المقترض فله رد مـا اقترضه على المقرض إذا كـان على صفته لم ينقص ولم يحدث به عيب، لأنه عـلى صفة حقه فلزمه قـبوله كالمسلم فيـه، وكما لو أعطاه غيره، ويحتمل أن لا يلزم المقترض قبول ما ليس بمثلى لأن القرض فيه يوجب رد القيمة على أحد الوجهين، فإذا رده بعينه لم يرد الواجب عليه، فلم يجب قبوله كالمبيع.

فــصل: وللمقرض المطالبـة ببدله فى الحال، لأنه سبب يوجب رد المثـل فى المثليات فأوجـبه حالاً كـالإتلاف، ، ولو أقرضه تـفاريق، ثم طالبه بهـا جملة فله ذلك، لأن الجـميع

من يقترض له غير معروف بالوفاء لكونه تغريرًا بمال المقرض وإضرارًا به، وأما إذا كان معروفًا بالوفاء لم يكره لكونه إعانة له وتفريجًا لكربته.

فــصل: ولا يصح إلا من جائز الـتصرف كـالبيع وحكمه فى الإيجاب والقـبول على ما مضى ويصح بلفظ السلـم والقرض لورود الشرع بهمـا وبكل لفظ يؤدى معناهما نحـو قوله: ملكتك هذا على أن ترد عليَّ بـدله أو توجد قـرينة دالة على إرادته، وإن لم يذكر البـدل ولم توجد قرينة فهو هبة، فإن اختلفا فالقول قول الموهوب له، لأن الظاهر معه، لأن التمليك من غـير عـوض هبة، ولا يثـبت فـيه خـيار، لأن المـقرض دخل علـى بصيـرة إن الحظ لغيـره والمقترض متى شاء رده وذلك يغنيه عن ثبوت الخيار.

2- مـسألة: (ويصح فى كل عين يجوز بيعها إلا بنى آدم والجواهر ونحوها مما لا يصح السلم فيه فى أحد الوجهين فيهما)،

يجوز قرض المكيل والموزون بغير خلاف، قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من

حال، فأشبه مـا لو باعه بيوعًا حالة ثم طالبه بثمنها جـملة، وإن أجل القرض لم يتأجل وكان حالاً، وكل دين حل أجله لم يصر مؤجلاً بتـأجيله وبهذا قال الحارث العكلى والأوزاعى وابن المنذر والشافعى، وقال مالك والليث: يتأجل الجميع بالتأجيل لقول النبى ﷺ: «المؤمنون عند شـروطهم»(٤) ولأن المتعاقدين يملكان التصرف فـى هذا العقد بالإقالة والإمضاء، فملكا الزيادة فيه، كـخيار المجلس، وقـال أبو حنيفة: فى القرض وبدل المتلف كـقولنا، وفى ثمن المبـيع والأجرة والصـداق وعوض الخلع كقـولهما: لأن الأجل يقـتضى جـزءًا من العوض، والقرض لا يحتمل الزيادة والنقص فى عوضه، وبدل المـتلف الواجب فيه المثل من غير زيادة ولا نقص، فلذلك لم يتأجل، وبقية الأعواض يجوز الزيادة فيها فجاز تأجيلها.

ولنا: أن الحق يثـبت حالاً والتأجـيل تبرع منه ووعـد، فلا يلزم الوفـاء به كمـا لو أعاره شيئًـا، وهذا لا يقع عليه اسم الشرط ولو سمى، فالخـبر مخصوص بالعارية، فليـحق به مما اختلفا فيه لأنه مثله.

ولنا على أبى حنيفة أنها زيادة بعد استقرار العقـد، فأشبه القرض، وأما الإقالة فهى فسخ وابتداء عقـد آخر، بخلاف مسـألتنا، وأما خيار المـجلس فهو بمنزلة ابتداء العـقد، بدليل أنه يجزئ فيه القبض لما يشترط قبضه والتبيين لما فى الذمة.

فصل: ويجوز قرض المكيل والموزون بغير خلاف، قال ابن المنذر(٥): أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن اسـتقراض ماله مثل من المكيل والموزون والأطعـمة جائز، ويجوز قـرض كل ما يثـبت فى الذمـة سلمًا سوى بـنى آدم، وبهذا قـال الشافعـى، وقال أبو حنيفة: لا يجوز قرض غير المكيل والموزون، لأنه لا مثل له، أشبه الجواهر.

ولنا: أن النبى ﷺ استسلف بكرًا وليس بمكيل ولا موزون، ولأن ما يثبت سلمًا يملك بالبـيع ويضبط بالوصف، فـجاز قـرضه كـالمكيل والموزون، وقـولهم: لا مثل لـه، خلاف

أهل العلم على أن استقـراض ماله مثل من المكيل والموزون والأطعمة جـائز، ويجوز قرض كل ما يثبت فى الذمة سلمًا غير بنى آدم، وبه قـال الشافعى، وقال أبو حنيفة: لا يجوز قرض المكيل والموزون، لأنه لا مثل له أشبه الجواهر.

ولنا أن النبى ﷺ استسلف بكرًا وليس بمكيل ولا مـوزون، ولأن ما يثبت سلمًا يملك بالبيع ويضبط بالوصف فـجاز قرضه كالمكيل والموزون، وقـولهم لا مثل له خلاف أصلهم، فإن عند أبى حنيفة: لو أتلف ثوبًا ثبت فى ذمته مثله ويجوز الـصلح عنه بأكثر من قيمته، فأما ما لا يثبت فى الذمة سلمًـا كالجواهر وشبهها فـقال القاضى: يجوز قرضها ويرد المـستقرض القيمـة، لأن ما لا مثل له يضمن بالقيـمة والجواهر كغيرهـا فى القيم، وقال أبو الخطاب: لا يجوز، لأن القرض يقتضى رد المثل وليس لهـا مثل، ولأنه لم ينقل قرضها ولا هى فى معنى

---

(٤) تقدم برقم (٢١) مسألة (٧٠٢).

(٥) ذكره ابن المنذر فى الإجماع (ص ١٠٧).

أصلهم، فإن عند أبى حنيفة: لو أتلف على رجل ثوبًا ثبت فـى ذمته مثله، ويجوز الصلح عنه بأكثر من قيمته، فأما ما لا يثبت فى الذمة سلمًا كالجواهر وشبهها فقال القاضى: يجوز قرضها ويرد المستقرض القيمة، لأن ما لا مثل له يضـمن بالقيمة، والجواهر كغيرها فى القيم، وقال أبو الخطاب: لا يجوز قـرضها، لأن القرض يقـتضى رد المثل، وهذه لا مـثل لها، ولأنه لم ينقل قرضها، ولا هى فى مـعنى ما نقل القرض فيه لكونها ليـست من المرافق، ولا يثبت فى الذمة سلمًا فوجب إبقاؤها على المنع، ويمكن بناء هذا الخلاف على الوجهين فى الواجب فى بدل غير المكيل والموزون، فإذا قلنا: الواجب رد المثل، لم يجز قرض الجواهر وما لا يثبت فى الذمة سلمًا لتعـذر رد مثلها، وإن قلنا الواجب رد القيمة، جاز قرضـه لإمكان رد القيمة، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين.

فصل: فأما بنو آدم فقال أحمد: أكره قرضهم، فيحتمل كراهية تنزيه، ويصح قرضهم، وهو قول ابن جريج والمزنى، لأنه مـال يثبت فى الذمة سلمًا، فصح قرضه كـسائر الحيوان، ويحتمل أنه أراد كراهة التحريم، فلا يصح قرضهم.

اختاره القاضى، لأنه لم ينقل قرضهم، ولا هو من المرافق، ويحتمل صحة قرض العبيد دون الإماء، وهو قـول مالك والشـافعى، إلا أن يقـرضهن من ذوى مـحارمـهن، لأن الملك بالقرض ضعيف، فـإنه لا يمنعه من ردها على المقرض، فلا يستـباح به الوطء، كالملك فى مدة الخـيار، وإذا لم يبح الوطء فلم يصح القـرض لعدم القائـل بالفرق، ولأن الأبضاع مـما يحتاط لها، ولو أبحنا قرضهن أفضى إلى أن الرجـل يستقرض أمة فيطؤها ثم يردها من يومه، ومتى احتاج إلى وطئها استقرضها فوطئها ثم ردها، كما يستعير المتاع فينتفع به ثم يرده.

ما نقل القـرض فيه لكونها ليـست من المرافق ولا تثبت فى الذمـة سلمًا فيـجب إبقاؤها على المنع، ويمكن بناء هذا الخلاف علـى الوجهين فى الواجب فى بدل غيـر المكيل والموزون، فإذا قلنا: يجب رد المـثل لم يجز قـرض الجواهر ولا ما لا يثـبت فى الذمة سلمًا لتـعذر رد مثلها، وإن قلنا: الواجب رد القيمة جاز قرضه لإمكان رد القيمة، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين.

فصل: فأما بنو آدم فقال أحمد: أكره قرضهم فيحتمل كراهة التنزيه ويصح قرضهم وهو قول ابن جريج والمزنى، لأنه مال يثبت فى الذمة سلمًا فصح قرضه كسائر الحيوان، ويحتمل صحة قرض العبيد دون الإماء وهو قول مـالك والشافعى إلا أن يقرضهن من ذوى محارمهن، لأن الملك بالقـرض ضعـيف فإنه لا يمنعـها من ردها على المـقرض فـلا يستبـاح به الوطء كالملك فى مدة الخيار وإذا لم يبح الوطء لم يصح القرض لعدم القائل بالفرق، ولأن الأبضاع مما يحتاط لها ولو أبحنا قرضهن أفضى إلى أن الرجل يستقرض أمة فيطؤها ثم يردها من يومه ومتى احتاج إلى وطئها استقرضها فوطئها ثم ردها كما يستعير المتاع فينتفع به ثم يرده.

ولنا: أنه عقد ناقل للملك فاستوى فيه العبيد والإماء كسائر العقود ولا نسلم ضعف الملك، فإنه مطلق لسائر التصرفات، بخلاف الملك فى مدة الخيار، وقولهم: متى شاء المقترض ردها ممنوع، فإننا إذا قلنا: الواجب رد القيمة لم يملك المقترض رد الأمة، وإنما يرد قيمتها وإن سلمنا ذلك لكن متى قصد المقترض هذا لم يحل له فعله، ولا يصح اقتراضه، كما لو اشترى أمة ليطأها ثم يردها بالمقايلة أو بعيب فيها، وإن وقع هذا بحكم الاتفاق لم يمنع الصحة، كما لو وقع ذلك فى البيع، وكما لو أسلم جارية فى أخرى موصوفة بصفاتها ثم ردها بعينها عند حلول الأجل ولو ثبت أن القرض ضعيف لا يبيح الوطء لم يمنع منه فى الجوارى، كالبيع فى مدة الخيار، وعدم القائل بالفرق ليس بشىء على ما عرف فى مواضعه، وعدم نقله ليس بحجة، فإن أكثر الحيوانات لم ينقل قرضها وهو جائز.

فصل: وإذا اقترض دراهم أو دنانير غير معروفة الوزن لم يجز، لأن القرض فيها يوجب رد المثل، فإذا لم يعرف المثل لم يمكن القضاء، وكذلك لو اقترض مكيلاً أو موزونًا جزافًا لم يجز لذلك، ولو قدره بمكيال بعينه أو صنجة بعينها غير معروفين عند العامة لم يجز، لأنه لا يأمن تلف ذلك فيتعذر رد المثل، فأشبه السلم فى مثل ذلك، وقال الإمام أحمد: فى ماء بين قوم لهم نوب فى أيام مسمامة فاحتاج بعضهم إلى أن يستقى فى غير نوبته فاستقرض من نوبة غيره ليرد عليه بدله فى يوم نوبته: فلا بأس، وإن كان غير محدود كرهته، فكرهه إذا لم يكن محدودًا لأنه لا يمكنه رد مثله، وإن كانت الدراهم يتعامل بها عددًا فاستقرض عددًا رد عددًا، وإن استقرض وزنًا رد وزنًا، وهذا قول الحسن وابن سيرين والأوزاعى، واستقرض أيوب من

ولنا أنه عقد ناقل للملك فاستوى فيه العبد والأمة كسائر العقود ولا نسلم ضعف الملك، فإنه مطلق كسائر التصرفات بخلاف الملك فى مدة الخيار، وقولهم: متى شاء المقترض ردها ممنوع فإننا إذا قلنا: الواجب رد القيمة لا يملك المقترض رد الأمة وإنما يرد قيمتها وإن سلمنا ذلك، لكن متى قصد المقترض هذا لم يحل له فعله، ولا يصح اقتراضه كما لو اشترى أمة ليطأها ثم يردها بالمقايلة أو بعيب فيها وإن وقع هذا بحكم الاتفاق لم يمنع الصحة كما لو وقع ذلك فى البيع وكما لو أسلم جارية فى أخرى موصوفة بصفاتها ثم ردها بعينها عند حلول الأجل، ولو ثبت أن القرض ضعيف لا يبيح الوطء لم يمنع منه فى الجوارى كالبيع فى مدة الخيار وعدم القائل بالفرق ليس بشىء على ما عرف فى مواضعه وعدم نقله ليس بحجة فإن أكثر الحيوانات لم ينقل قرضها وهو جائز.

فصل: ولو اقترض دراهم أو دنانير غير معروفة الوزن لم يجز، لأن القرض فيها يوجب رد المثل فإذا لم يعرف القدر لم يمكن القضاء وكذلك لو اقترض مكيلاً أو موزونًا جزافًا لم يجز كذلك، ولو قدره بمكيال بعينه أو صنجة بعينها غير معروفين عند العامة لم يجز، لأنه لا يأمن تلف ذلك فيتعذر رد المثل فأشبه السلم، وقد قال أحمد فى ماء بين قوم لهم نوب فى

حماد بن زيد دراهم بمكة عدداً وأعطاه بالبـصرة عدداً لأنه وفاه مثل ما اقترض فـيما يتعامل به الناس، فأشبه ما لو كانوا يتعاملون بها وزنًا فرد وزنًا.

أيام مسماة فاحتاج بعضهم إلى أن يستقى فى غير نوبته فاستقرض من نوبة غيره ليرد عليه بدله فى يوم نوبته فلا بأس وإن كان غير محدود كرهته، فكرهه إذا لم يكن محدودًا، لأنه لا يمكن رد مثله، وإن كانت الدراهم يتعامل بها عدداً جاز قرضها عدداً ويرد عدداً، وإن استقرض وزنًا رد وزنًا، وهذا قول الحسن وابن سيرين والأوزاعى، واستقرض أيوب من حماد بن زيد دراهم بمكة عددًا وأعطاه بالبصرة عددًا، ولأنه وفاه مثل ما اقتـرض فيما يتعامل به الناس فأشبه ما لو كانوا يتعاملون بالوزن فاقترض وزنًا ورد وزنًا.

3- مسألة: (ويثبت الملك فيه بالقبض).

لأنه عقد يقف التصرف فيه على القبض فوقف الملك عليه كالهبة.

4- مسألة: (ولا يملك المقرض استرجاعه).

وجـــملة ذلك أن القرض عقـد لازم من جهة المقرض جائز فى حق المـقترض فلو أراد المقـرض الرجوع فى عـين ماله لم يملك ذلك، وقـال الشافعى: له ذلك لأن كـل ما يملك المطالبة بمثله يملك أخذه إذا كان موجودًا كـالمغصوب والعارية، ولنا أنه زال ملكه عنه بعقد لازم من غير خيار فلم يكن له الرجوع فيه كالبيع ويفارق المغصوب والعارية فإنه لم يزل ملكه عنهما، ولأنه لا يملك المطالبة بمثلهما مع وجودهما، وفى مسألتنا بخلافه.

5- مسألة: (وله طلب بدله فى الحال).

لأنه سبب يوجب رد المـثل فى المثليات فأوجـبه حالاً كالإتلاف ولو أقرضـه تفاريق ثم طالبه بهـا جملة فله ذلك، لأن الجمـيع حال فأشبـه ما لو باعه بيوعًـا حالة ثم طالبه بثـمنها جمـلة، وإن أجل القرض لم يتـأجل وكل دين حل أجله لم يصر مـؤجلاً بتـأجيله، وبـه قال الأوزاعى والشافـعى وابن المنذر وقـال مالك والليث: يتـأجل الجميع بـالتأجيل لقـول النبى ﷺ: «المؤمنون عند شـروطهم» ولأن المتعاقـدين يملكان التصرف فى هذا العقـد بالإقالة والإمضاء فملكا الزيادة فيه كخيار المـجلس، وقال أبو حنيفة فى القرض وبدل المتلف كقولنا وفى ثمن المـبيع والأجرة والصـداق وعوض الخلع كـقولهمـا، لأن الأجل يقتـضى جزءًا من المعوض والقرض لا يحتمل الزيادة والنقص فى عوضـه وبدل المتلف يجب فيه المثل من غير زيادة ولا نقص فلذلك لم يتـأجل وبقية الأعواض يجـوز الزيادة فيهـا فجاز تأجـيلها، ولنا أن الحق يثبت حالاً والتأجيل تبرع ووعد فلا يلزم الوفـاء به كما لو أعاره شيئًا، وهذا لا يقع عليه اسم الشرط ولو سمى فالخبر مخصوص بالـعارية فيلحق به ما اختلفنا فيه لأنه مثله، ولنا على أبى حنيفة أنها زيادة بعد استقرار العقد فأشـبه القرض، وأما الإقالة فهى فسخ وابتداء عقد آخر

فـصل: ويجب رد المثل فى المكيل والموزون، لا نعلم فيه خلافًا، قال ابن المنذر(٦): أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن من أسلف سلفًا مما يجوز أن يسلف فرد عليه مـثله أن ذلك جائز وأن للمـسلف أخذ ذلـك، ولأن المكيل والموزون فى الغـصب والإتلاف

بخلاف مسألتنا، وأما خيار المجلس فهو بمنزلة ابتداء العقد بدليل أنه يجرى القبض لما يشترط قبضه والتعيين لما فى الذمة.

6- مـسـألة: (فإن رده المقتـرض عليه لزمه قبوله ما لم يتعـيب أو يكن فلوسًا أو مكسرة فيحرمها السلطان فيكون له القيمة وقت القرض).

يجوز للمقترض رد ما اقترضـه على المقرض إذا كان على صفته لم ينقص ولم يحدث به عيب ويلزم المقرض قبـوله، لأنه على صفة حقه أشبه ما لو أعطاه غيـره وقياسًا على المسلم فيه، وسواء تغير سعره أو لم يتغير ويحتمل أن لا يلزم المقرض قبول غير المثلى، لأن القرض فيه يوجب رد القـيمة على أحد الوجـهين فإذا رده بعينه لم يرد الواجب عليـه فلم يجب قبوله كالبيع.

فـــصل: فإن تعـيب أو تغير لم يجب قـبوله، لأن عليه فى قبـوله ضررًا، لأنه دون حقه فأشبه ما لو نقص، وكذلك إن كان القرض فلوسًا أو مكسرة فحرمها السلطان وتركت المعاملة بها، لأنه كـالعيب فلا يلزمـه قبولهـا ويكون له قيمـتها، وقت القـرض سواء كانت باقـية أو استـهلكها، نص عليه أحـمد فى الدراهم المكسـرة فقال: يقـومها كم تسـاوى يوم أخذها ثم يعطيه؟ وسواء نقصت قيمتها قليلاً أو كثـيرًا، وذكر أبو بكر فى التنبيه أنه يكون له قيمتها وقت فسدت وتركت الـمعاملة بها، لأنه كـان يلزمه رد مثلها مـا دامت نافعة فإذا فسـدت انتقل إلى قيمتهـا حينئذ كما لو عدم المثل قال القاضى: هذا إذا اتفق الناس على تركـها فأما إن تعاملوا بها مع تحـريم السلطان لها لزمه أخذها، وقـال مالك والليث والشافعى: ليس لـه إلا مثل ما أقرضه، لأن ذلك ليس بعيب حدث فيها فجرى مجرى رخص سعرها.

ولنا أن تحريم السلطـان منع إنفاقها وأبطل مـاليتهـا فأشبه كـسرها أو تلف أجزائهـا وأما رخص السعر فـلا يمنع سواء كان قليلاً أو كـثيرًا، لأنه لم يحدث فيـها شىء إنما تغيـر السعر فأشبه الحنطة إذا رخصت أو غلت وكذلك يخرج فى المغشوشة إذا حرمها السلطان.

7- مـسألة: (ويجب رد المثل فى المكيل والموزون والقيمة فى الجواهر ونحوها وفيما سوى ذلك وجهان).

لا نعلم خلافًا فى وجوب رد المثل فى المكيل والموزون، قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن من أسلف سلفًا ممـا يجوز أن يسلف فرد عليه مثله أن ذلك جائز وأن لـلمسلف أخـذ ذلك، ولأن المكيل والموزون يضـمن فى الغصب والإتلاف بمـثله

---

(٦) ذكره ابن المنذر فى الإجماع (ص١٠٧).

بمثله، فكذا ههنا، فأما غير المكيـل والموزون ففيه وجهان: **أحـدهـمـا:** يجب رد قيـمته يوم القرض، لأنه لا مثل له فيضمنه بقيمته كحال الإتلاف والغصب، **والثانى:** يجب رد مثله، لأن النبى ﷺ استـسلف من رجل بكرًا فرد مـثله، ويخالف الإتلاف، فـإنه لا مسـامحة فـيه، فوجبت القيمة لأنها أحـصر، والقرض أسهل، ولهذا جازت النسيئة فيه فيـما فيه الربا، ويعتبر مثل صفاته تقريبًـا، فإن حقيقة المثل إنما توجد فى المكيل والموزون، فـإن تعذر المثل فعليه قيمته يوم تعذر الـمثل، لأن القيمة ثبتت فى ذمته حينئذ، وإذا قلنا: تجب القـيمة وجبت حين القرض، لأنها حينئذ ثبتت فى ذمته.

فصل: ويجوز قرض الخبز، ورخص فيه أبو قلابة ومالك، ومنع منه أبو حنيفة.

ولنا: أنه موزون فجاز قرضه كسـائر الموزونات، وإذا أقرضه بالوزن ورد مثله بالوزن جاز وإن أخذه عددًا فرده عددًا فقال الشـريف أبو جعفر: فيه روايتان: **إحداهـما:** لا يجـوز، لأنه موزون، أشبه سائر الموزونات، **والثانية:** يجوز، قال ابن أبى موسى: إذا كان يتحرى أن يكون مثلاً بمثل، فلا يحتاج إلى الوزن، والوزن أحب إلىّ ووجه الجواز ما روت عائشة رضي الله عنها قالت: قلت: يا رسول الله، إن الجيران يسـتقرضون الخبز والخمير، ويردون زيـادة ونقصانًا، فقال:

فكذا ههنا، فإن أعوز المثل لزمتـه قيمته يوم الإعواز، لأنها حينئذ تثـبت فى الذمة ويرد القيمة فى الجواهر ونحوها إذا قلنا بجواز قرضها، لأنـها من ذوات القيم ولا مثل لها لأنها لا تنضبط وفيما سـوى ذلك وجهان: **أحـدهـمـا:** يرد القيمة، لأن مـا أوجب المثل فى المثليات أوجب القيمة فيما لا مثل له كالإتلاف **والثـانى:** يجب رد مثله، لأن النبى ﷺ استسلف من رجل بكرًا فرد مثله، ولأن ما ثبت فى الذمة فى السلـم ثبت فى القرض كالمثلى، ويخالف الإتلاف فإنه لا مسامحة فيه فوجبت القيمة لأنها أحـصر والقرض أسهل، ولهذا جازت النسيئة فيما فيه الربا ويعتبر مثل صـفاته تقريبًا، فإن حقيقة المثل إنمـا توجد فى المكيل والموزون، فإن تعذر المثل فعليه قيمته يوم التعذر، وإذا قلنا: تجب القـيمة وجبت حين القرض، لأنها حينئد تثبت فى الذمة.

8- **مسألة:** (**ويثبت العوض فى الذمة حالاً وإن أجله**).

لأن التأجيل فى الحال عـدة وتبرع فلم يلزم الوفاء به، وفيه اختلاف ذكرناه فـيما مضى، وينبغى أن يفى له بما وعده

9- **مسألة:** (**ويجوز شرط الرهن والضمين به**) لأن النبى ﷺ رهن درعه على شعير أخذه لأهله، متفق عليه.

فصل: ويجوز قرض الخبز ورخص فيه أبو قلابة ومالك، ومنع منه أبو حنيفة، ولنا أنه موزون فـجاز قرضه كـسائر الموزونات، وإذا أقـرض بالوزن رد المقتـرض مثله بالوزن، وإن استقرضه عددًا رده عددًا، وقال الشريف أبو جعفر: فيه روايتان: **إحداهـما:** لا يجوز كسائر

«لا بأس، إن ذلك من مرافق النـاس لا يراد به الفضل»[٧] ذكره أبو بكر فى الـشافى بإسناده، وفيه أيضًـا بإسناده عن معاذ بن جبل أنه سئل عـن استقراض الخبز والخـمير؟ فقال: سـبحان الله، إنما هذا من مكارم الأخلاق، فـخذ الكبير وأعط الصغـير، وخذ الصغيـر وأعط الكبير، خيركم أحسنكم قضـاء، سمعت رسول الله يقول ذلك[٨]، ولأن هذا مما تدعو الـحاجة إليه ويشق اعتـبار الوزن فيه، وتدخله المـسامحة، فـجاز كدخول الحـمام من غير تقـدير أجرة، والركوب فى سـفينة الملاح وأشبـاه هذا، فإن شرط أن يعطيه أكـثر مما أقـرضه أو أجود، أو أعطاه مثل مـا أخذ وزاده كسرة كان ذلك حـرامًا، وكذلك إن أقرضـه صغيرًا قصـد أن يعطيه كبيرًا، لأن الأصل تحـريم ذلك، وإنما أبيح لمشقة إمكان التحرز منه، فـإذا قصد أو شرط أو أفردت الزيادة فقد أمكن التحرز منه، فحرم بحكم الأصل، كما لو فعل ذلك فى غيره.

فصل: وكل قرض شرط فيه أن يزيده فهو حرام بغير خلاف.

قـال ابن المنذر[٩]: أجمعـوا على أن المسلف إذا شرط على المسـتسلف زيادة أم هدية فأسلف عـلى ذلك: أن أخذ الزيادة على ذلك ربا، وقـد روى عن أبى بن كعب وابن عـباس

المـوزونات، **والثانـية**: يجوز، وقال ابن أبى موسى: إذا كان يتـحرى أن يكون مثلاً بمثل فلا يحتاج إلى وزن، والوزن أحب إلىَّ، ووجه الجواز ما روت عائشة قالت: قلت: يا رسول الله إن الجيران يقترضون الخبز والخـمير ويردون زيادة ونقصانًا فقال: «لا بأس إن ذلك من مرافق الناس لا يراد به الفـضل» رواه أبو بكر فى الشافى بإسناده، وروى أيـضًا بإسناده عن مـعاذ بن جبل أنه سئل عن استقـراض الخبز والخمير فقال: «سـبحان الله إنما هذا من مكارم الأخلاق فخذ الكبير وأعط الصغير، وخذ الصغيـر وأعط الكبير، خيركم أحسنكم قضاء» سمعت رسول الله ﷺ يقول ذلك، ولأن هذا مما تدعو الحاجة إليه ويـشق اعتبار الوزن وتدخله المسامحة فأشبه دخول الحـمام والركوب فى سفينة الملاح من غير تقدير أجره فـإن شرط أن يعطيه أكثر مما أقـرضه أو أجود كان ذلك حرامًـا، وكذلك إن أقرضه صغـيرًا قصد أن يعطيه كـبيرًا، لأن الأصل تحريم ذلك، وإنما أبيح لمشقة إمكان التـحرز منه فإذا قصد أو شرط أو أفردت الزيادة فقد أمكن التحرز منه فحرم بحكم الأصل كما لو فعل ذلك فى غيره.

10- مـسألة: (ولا يجوز شرط ما يجر نفعًا نحـو أن يسكنه داره أو يقضيه خيرًا منه أو فى بلد آخر ويحتمل جواز هذا الشرط).

كل قرض شـرط فيه الزيادة فـهو حرام بغـير خلاف، قـال ابن المنذر: أجمـعوا على أن المسلف إذا شرط على المسـتسلف زيادة أو هدية فأسلف على ذلك أن أخذ الزيادة على ذلك

---

(٧) رواه أبو بكر فى الشافى، وقال الألبانى فى الإرواء (٥/ ٢٣٢): إسناده ضعيف.
(٨) تقدم تخريج هذا اللفظ من حديث أبى رافع برقم (٧) من كتاب السلم.
(٩) ذكره ابن المنذر فى الإجماع (ص ١٠٧).

وابن مسعود، أنهم نهوا عن قرض جر منفعة، ولأنه عقد إرفاق وقربة فإذا شرط فيه الزيادة أخرجه عن موضوعه، ولا فرق بين الزيادة فى القدر أو فى الصفة، مثل أن يقرضه مكسرة ليعطيه صحاحًا أو نقدًا ليعطيه خيرًا منه، وإن شرط أن يعطيه إياه فى بلد آخر وكان لحمله مؤنة لم يجز، لأنه زيادة وإن لم يكن لحمله مؤنة جاز، وحكاه ابن المنذر عن على وابن عباس والحسن بن على، وابن الزبير وابن سيرين وعبد الرحمن بن الأسود وأيوب السختيانى والثورى وأحمد وإسحاق وكرهه الحسن البصرى وميمون بن أبى شبيب وعبدة بن أبى لبابة ومالك والأوزاعى والشافعى لأنه قد يكون فى ذلك زيادة، وقد نص أحمد على أن من شرط أن يكتب له بها سفتجة(١٠) لم يجز، ومعناه: اشتراط القضاء فى بلد آخر وروى عنه جوازها لكونها مصلحة لهما جميعًا، وقال عطاء: كان ابن الزبير يأخذ من قوم بمكة دراهم ثم يكتب لهم بها إلى مصعب بن الزبير بالعراق فيأخذونها منه، فسئل عن ذلك ابن عباس؟ فلم ير به بأسًا، وروى عن على ﷺ: أنه سئل عن مثل هذا؟ فلم ير به بأسًا، وممن لم ير به بأسًا: ابن سيرين والنخعى، رواه كله سعيد، وذكر القاضى أن للوصى قرض مال اليتيم فى بلد ليوفيه فى بلد أخرى ليربح خطر الطريق والصحيح جوازه، لأنه مصلحة لهما من غير ضرر بواحد منهما، والشرع لا يرد بتحريم المصالح التى لا مضرة فيها بل بمشروعيتها، ولأن هذا ليس بمنصوص على تحريمه، ولا فى معنى المنصوص، فوجب إبقاؤه على الإباحة، وإن شرط فى القرض أن يؤجره داره أو يبيعه شيئًا أو أن يقرضه المقترض مرة أخرى لم يجز، لأن النبى ﷺ نهى عن بيع وسلف(١١)، ولأنه شرط عقدًا فى عقد فلم يجز كما لو باعه داره بشرط

ربا، وقد روى عن أبى بن كعب وابن عباس وابن مسعود أنهم نهوا عن قرض جر منفعة، ولأنه عقد إرفاق وقربة فإذا شرط فيه الزيادة أخرجه عن موضوعه ولا فرق بين الزيادة فى القدر أو فى الصفة مثل أن يقرض مكسرة فيعطيه صحاحًا أو نقدًا ليعطيه خيرًا منه، فإن شرط أن يعطيه إياه فى بلد آخر لم يجز، إن كان لحمله مؤنة، لأنه زيادة، وإن لم يكن لحمله مؤنة فقد روى عن أحمد أنه لا يجوز أيضًا، ورويت كراهته عن الحسن البصرى وميمون بن أبى شبيب وعبدة بن أبى لبابة ومالك والأوزاعى والشافعى، لأنه قد يكون فى ذلك زيادة، وقد نص أحمد أن من شرط أن يكتب له بها سفتجة لم يجز، ومعناه اشتراط القضاء فى بلد آخر، وروى عنه جواز ذلك، حكاه عنه ابن المنذر لكونه مصلحة لهما، وحكاه عن على وابن عباس والحسن بن على وابن الزبير وابن سيرين وعبد الرحمن بن أسود وأيوب السختيانى والثورى وإسحاق واختاره، وذكره القاضى أن للوصى قرض مال اليتيم فى بلد ليوفيه فى بلد آخر ليربح خطر الطريق، قال شيخنا: والصحيح جوازه، لأنه مصلحة لهما من غير ضرر بواحد منهما

---

(١٠) السفتجة: أن يعطى مالاً لآخر وللآخر مال فى بلد المعطى فيوفيه إياه ثَمَّ، فيستفيد أمن الطريق.
(١١) تقدم برقم (١٠٥) مسألة (٧٦٧).

أن يبيعه الآخر داره، وإن شرط أن يؤجره داره بأقل من أجرتها، أو على أن يستأجر دار المقرض بأكثر من أجرتها، أو على أن يهدى له هدية، أو يعمل له عملاً كان أبلغ فى التحريم، وإن فعل ذلك من غير شرط قبل الوفاء لم يقبله، ولم يجز قبوله إلا أن يكافئه، أو يحسبه من دينه إلا أن يكون شيئًا جرت العادة به بينهما قبل القرض، لما روى الأثرم «أن رجلاً كان له على سماك عشرون درهمًا، فجعل يهدى إليه السمك ويقومه حتى بلغ ثلاثة عشر درهمًا، فسأل ابن عباس فقال: أعطه سبعة دراهم»(١٢)، وعن ابن سيرين «أن عمر أسلف أبى ابن كعب عشرة آلاف درهم، فأهدى إليه أبى بن كعب من ثمرة أرضه، فردها عليه ولم يقبلها فأتاه أبى فقال: لقد علم أهل المدينة أنى من أطيبهم ثمرة، وأن لا حاجة لنا فبم منعت هديتنا؟ ثم أهدى إليه بعد ذلك فقبل» وعن زر بن حبيش قال: قلت لأبى بن كعب: إنى أريد أن أسير إلى أرض الجهاد إلى العراق، فقال: إنك تأتى أرضًا فاش فيها الربا، فإن أقرضت رجلاً قرضًا فأتاك بقرضك ومعه هدية فاقبض قرضك واردد عليه هديته ـ رواهما الأثرم(١٣)، وروى البخارى(١٤) عن أبى بردة عن أبى موسى قال: «قدمت المدينة، فلقيت عبد الله بن سلام وذكر حديثًا وفيه: ثم قال لى: إنك بأرض فيها الربا فاش، فإذا كان لك على رجل دين فأهدى إليك حمل تبن أو حمل شعير، أو حمل قت فلا تأخذه فإنه ربا» قال ابن أبى موسى: ولو أقرضه قرضًا ثم استعمله عملاً لم يكن ليستعمله مثله قبل القرض كان قرضًا جر منفعة، ولو استضاف غريمه ولم تكن العادة جرت بينها بذلك حسب له ما أكله، لما روى ابن ماجه فى سننه عن أنس قال رسول الله ﷺ: «إذا أقرض أحدكم قرضًا فأهدى إليه أو حمله على

والشرع لا يرد بتحريم المصالح التى لا مضرة فيها، ولأن هذا ليس بمنصوص عليه ولا فى معنى المنصوص فوجب إبقاؤه على الإباحة.

فصل: وإن شرط أن يؤجره داره أو يبيعه شيئًا أو أن يقرضه المقترض مرة أخرى لم يجز، لأن النبى ﷺ نهى عن بيع وسلف، ولأنه شرط عقدًا فى عقد فلم يجز كما لو باعه داره، بشرط أن يبيعه الآخر داره، وإن شرط أن يؤجره داره بأقل من أجرتها أو على أن يستأجر دار المقرض بأكثر من أجرتها أو على أن يهدى له أو يعمل له عملاً كان أبلغ فى التحريم.

فصل: وإن شرط أن يوفيه أنقص مما أقرضه لم يجز إذا كان مما يجرى فيه الرِّبا لإفضائه إلى فوات المماثلة فيما هى شرط فيه، وإن كان فى غيره فكذلك وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى، لأن القرض يقتضى رد المثل وشرط النقصان يخالف مقتضاه فلم يجز كشرط الزيادة ولهم وجه آخر أنه يجوز لأن القرض جعل للرفق بالمستقرض وشرط النقصان لا يخرجه عن موضعه بخلاف الزيادة.

---

(١٢)أخرجه البيهقى فى السنن (٥/ ٣٥٠) بلفظ: كان لنا جار سماك.

(١٣)أخرجه البيهقى فى السنن (٥/ ٣٤٩). (١٤)أخرجه البخارى (٧/ ح ٣٨١٤/ فتح).

الدابة فلا يركبها ولا يقبله، إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك»[(١٥)] وهذا كله في مدة القرض، فأما بعد الوفاء فهو كالزيادة من غير شرط على ما سنذكره إن شاء الله تعالى.

فصل: فإن أقرضه مطلقًا من غير شرط فقضاه خيرًا منه في القدر، أو الصفة أو دونه برضاهما جاز، وكذلك إن كتب له بها سفتجة أو قضاه في بلد آخر جاز، ورخص في ذلك ابن عمر وسعيد بن المسيب والحسن والنخعي والشعبي والزهري ومكحول وقتادة ومالك والشافعي وإسحاق، وقال أبو الخطاب: إن قضاه خيرًا منه أو زاده زيادة بعد الوفاء من غير مواطأة فعلى روايتين، وروى عن أبي بن كعب وابن عباس وابن عمر: أنه يأخذ مثل قرضه ولا يأخذ فضلاً، لأنه إذا أخذ فضلاً كان قرضًا جر منفعة.

ولنا: أن النبي ﷺ استسلف بكرًا فرد خيرًا منه، وقال: «خيركم أحسنكم قضاء»[(١٦)]

١١- مسألة: (وإن فعل ذلك من غير شرط أو قضاه خيرًا أو أهدى له هدية بعد الوفاء جاز).

وكذلك إن كتب له سفتجة أو قضاه في بلد آخر خيرًا منه جاز، ورخص في ذلك ابن عمر وسعيد بن المسيب والحسن والنخعي والشعبي والزهري وقتادة ومكحول ومالك والشافعي وإسحاق، وقال أبو الخطاب: إن قضاه خيرًا منه أو زاده زيادة بعد الوفاء من غير شرط ولا مواطأة فعلى روايتين، وروى عن أبي بن كعب وابن عباس أنه يأخذ مثل قرضه ولا يأخذ فضلاً لئلا يكون قرضًا جر منفعة.

ولنا أن النبي ﷺ استسلف بكرًا فرد خيرًا منه وقال: «خيركم أحسنكم قضاء» متفق عليه، ولأنه لم يجعل تلك الزيادة عوضًا في القرض ولا وسيلة إليه ولا إلى استيفاء دينه أشبه ما لو لم يكن قرض، وقال ابن أبي موسى: إذا زاده بعد الوفاء فعاد المستقرض بعد ذلك يلتمس منه قرضًا ثانيًا ففعل لم يأخذ منه إلا مثل ما أعطاه، فإن أخذ زيادة أو أجود مما أعطاه حرم قولاً واحدًا، وإذا كان الرجل معروفًا بحسن القضاء لم يكره إقراضه، وقال القاضي: فيه وجه آخر أنه يكره، لأنه يطمع في حسن عادته، وهذا لا يصح، فإن النبي ﷺ كان معروفًا بحسن القضاء فهل يسوغ لأحد أن يقول: إقراضه مكروه؟ ولأن المعروف بحسن القضاء خير الناس وأفضلهم وهو أولى الناس بقضاء حاجته وإجابة مسألته وتفريج كربته فلا يجوز أن يكون ذلك مكروهًا، وإنما يمنع من الزيادة المشروطة، ولو أقرضه مكسرة فجاءه مكانها بصحاح

---

(١٥) أخرجه ابن ماجه (٢/ ح ٣٤٣٢) وفي الزوائد وفي إسناده عتبة بن حميد الضبي، ضعفه أحمد وأبو حاتم، وذكره ابن حبان في الثقات ويحيى بن أبي إسحاق لا يعرف حاله، والبيهقي في السنن (٥/ ٣٥٠) بلفظ: «إذا أقرض أحدكم قرضًا فأهدى إليه طبقًا فلا يقبله أو حمله على دابة فلا يركبها إلا أن يكون بينه وبينه قبل ذلك» من حديث أنس بن مالك.

(١٦) تقدم برقم (٧) من كتاب السلم.

متفق عليه، وللبخارى أفضلكم أحسنكم قضاء، ولأنه لم يجعل تلك الزيادة عوضًا فى القرض ولا وسيلة إليه ولا إلى استيفاء دينه، فحلت كما لو لم يكن قرض، وقال ابن أبى موسى: إذا زاده بعد الوفاء فعاد المستقرض بعد ذلك يلتمس منه قرضًا ثانيًا ففعل لم يأخذ منه إلا مثل ما أعطاه، فإن أخذ زيادة أو أجود مما أعطاه كان حرامًا، قولاً واحدًا، وإن كان الرجل معروفًا بحسن القضاء لم يكره إقراضه، وقال القاضى: فيه وجه آخر أنه يكره، لأنه يطمع فى حسن عادته، وهذا غير صحيح فإن النبى ﷺ كان معروفًا بحسن القضاء، فهل يسوغ لأحد أن يقول: إن إقراضه مكروه؟ ولأن المعروف بحسن القضاء خير الناس وأفضلهم، وهو أولى الناس بقضاء حاجته وإجابة مسألته، وتفريج كربته، فلا يجوز أن يكون ذلك مكروهًا، وإنما يمنع من الزيادة المشروطة، ولو أقرضه مكسرة فجاءه مكانها بصحاح بغير شرط جاز، وإن جاءه بصحاح أقل منها فأخذها بجميع حقه لم يجز، قولاً واحدًا، لأن ذلك معاوضة للنقد بأقل منه، فكان ربا.

فصل: وإن شرط فى القرض أن يوفيه أنقص مما أقرضه، وكان ذلك مما يجرى فيه الربا لم يجز، لإفضائه إلى فوات المماثلة فيما هى شرط فيه، وإن كان فى غيره لم يجز أيضًا، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى، وفى الوجه الآخر: يجوز، لأن القرض جعل للرفق بالمستقرض، وشرط النقصان لا يخرجه عن موضوعه، بخلاف الزيادة.

ولنا: أن القرض يقتضى المثل، فشرط النقصان يخالف مقتضاه، فلم يجز كشرط الزيادة.

بغير شرط جاز، وإن جاءه بصحاح أقل منها فأخذها بجميع حقه لم يجز، لأن ذلك معاوضة للنقد بأقل منه فكان ربًا، وكذلك ما يشترط فيه المماثلة.

12- **مسألة: (وإن فعله قبل الوفاء، لم يجز إلاَّ أن تكون العادة جارية بينهما بذلك قبل القرض إلا أن يكافئه أو يحسبه من دينه)**.

وذلك لما روى الأثرم أن رجلاً كان له على سماك عشرون درهما فجعل يهدى إليه السمك ويقومه حتى بلغ ثلاثة عشر درهمًا فسأل ابن عباس فقال: أعطه سبعة دراهم، وعن ابن سيرين أن عمر أسلف أبى بن كعب عشرة آلاف درهم فأهدى إليه أبى بن كعب من ثمرة أرضه فردها عليه ولم يقبله فأتاه أبى فقال: لقد علم أهل المدينة أنى من أطيبهم ثمرة وأنه لا حاجة لنا فيم منعت هديتنا؟ ثم أهدى إليه بعد ذلك فقبل، وعن زر بن حبيش قال: قلت لأبى ابن كعب: إنى أريد أن أسير إلى أرض الجهاد إلى العراق فقال: إنك تأتى أرضًا فاش فيها الربا، فإن أقرضت رجلاً قرضًا فأتاك بقرضك ليؤدى إليك قرضك ومعه هدية فاقبض قرضك واردد عليه هديته، رواهما الأثرم، وروى البخارى عن أبى بردة عن أبى موسى قال: قدمت المدينة فلقيت عبد الله بن سلام وذكر حديثًا وفيه، ثم قال لى: إنك بأرض فيها الربا فاش، فإذا كان لك على رجل قرض فأهدى إليك حمل تبن أو حمل شعير أو حمل قت فلا تأخذه

فصل: ولو اقترض من رجل نصف دينار فدفع إليه ديناراً صحيحًا وقال: نصفه قضاء ونصفه وديعة عندك، أو سلمًا فى شىء صح، وإن امتنع المقرض من قبوله فله ذلك، لأن عليه فى الشركة ضرراً، ولو اشترى بالنصف الثانى من الدينار سلعة جاز، إلا أن يكون ذلك عن مشارطة فقال: أقضيك صحيحًا بشرط أنى آخذ منك بنصفه الباقى قميصًا، فإنه لا يجوز لأنه لم يدفع إليه صحيحًا إلا ليعطيه بالنصف الباقى فضل ما بين الصحيح والمكسور من النصف المقضى، ولو لم يكن شرطًا جاز، فإن ترك النصف الآخر عنده وديعة جاز، وكانا شريكين فيه، وإن اتفقا على كسره كسراه، فإن اختلفا لم يجبر أحدهما على كسره، لأنه ينقص قيمته.

فصل: ولو أفلس غريمه فأقرضه ألفًا ليوفيه كل شهر شيئًا معلومًا جاز، لأنه إنما انتفع باستيفاء ما هو مستحق له، ولو كان له عليه حنطة فأقرضه ما يشترى به حنطة يوفيه إياها لم يكن محرمًا لذلك، ولو أراد رجل أن يبعث إلى عياله نفقة فأقرضها رجلاً على أن يدفعها إلى عياله، فلا بأس إذا لم يأخذ عليها شيئًا، ولو أقرض أكاره ما يشترى به بقرًا يعمل عليها فى أرضه، أو بذراً يبذره فيها، فإن شرط ذلك فى القرض لم يجز، لأنه شرط ما ينتفع به، فأشبه

فإنه ربا، قال ابن أبى موسى: ولو أقرضه قرضًا ثم استعمله عملاً لم يكن يستعمله مثله قبل القرض كان قرضًا جر منفعة، ولو استضاف غريمه ولم تكن العادة جرت بذلك بينهما حسب له ما أكله، لما روى ابن ماجه فى سننه عن أنس قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا أقرض أحدكم قرضًا فأهدى إليه أو حمله على الدابة فلا يركبها ولا يقبله إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك» وهذا كله فى مدة القرض، فأما بعد الوفاء فهو كالزيادة من غير شرط، وقد ذكرناه.

فصل: ولو اقترض نصف دينار فدفع إليه المقترض ديناراً صحيحًا وقال: نصفه وفاء ونصفه وديعة عندك أو سلم فى شىء صح، ولا يلزم المقرض قبوله، لأن عليه فى الشركة ضرراً، ولو اشترى بالنصف الباقى من الدينار سلعة جاز، فإن كان بشرط مثل أن يقول أقضيك صحيحًا بشرط أن آخذ منك بنصفه الباقى قميصًا لم يجز، لأنه لم يدفع إليه صحيحًا إلا ليعطيه بالنصف الباقى فضل ما بين الصحيح والمكسور من النصف المقضى، وإن اتفقا على كسره كسراه، وإن اختلفا لم يجبر أحدهما على ذلك، لأنه ينقص قيمته.

فصل: ولو أفلس غريمه فأقرضه ألفًا ليوفيه كل شهر شيئًا معلومًا جاز، لأنه إنما انتفع باستيفاء ما هو مستحق له، ولو كان له عليه حنطة فأقرضه ما يشترى به حنطة يوفيه إياها جاز لذلك، ولو أراد رجلاً أن يبعث إلى عياله نفقة فأقرضها رجلاً على أن يدفعها إلى عياله فلا بأس إذا لم يأخذ عليها شيئًا وإن أقرض أكاره ما يشترى به بقرًا يعمل عليها فى أرضه، أو بذراً يبذره فيها، فإن كان شرط ذلك فى القرض لم يجز، لأنه شرط ما ينتفع به أشبه الزيادة، وإن لم يكن شرطًا فقال ابن أبى موسى: لا يجوز لأنه قرض جر منفعة، قال: ولو قال أقرضنى

شرط الزيادة، وإن لم يكن شرطًا فقال ابن أبى موسى: لا يجـوز، لأنه قرض جر منفعة، قال ولو قال: أقرضنى ألفًـا وادفع إلى أرضك أزرعها بالثلث كان خبيـثًا، والأولى جواز ذلك، إذا لم يكن مشروطًا، لأن الحـاجة داعية إليه، والمستـقرض إنما يقصد نفع نفسـه، وإنما يحصل انتفاع المقرض ضمنًا فأشبه أخذ السفتـجة به وإيفاءه فى بلد آخر، ولأنه مصلحة لهما جميعًا، فأشبه ما ذكرنا.

فــصل: قال أحمـد فيمن اقترض من رجل دراهم وابتـاع بها منه شيئًا فـخرجت زيوفًا: فالبـيع جائز، ولا يرجع علـيه بشىء، يعنى لا يرجع البائع على المشتـرى ببدل الثمن، لأنها دراهمه فعيبها عليه، وإنما له على المشتـرى بدل ما أقرضه إياه بصفته زيوفًا، وهذا يحتمل أنه أراد فيما إذا باعه السلعة بها وهو يعلم عيبها، فأما إن باعه فى ذمته بدراهم ثم قبض هذه بدلاً عنها غيـر عالم بها، فينبغى أن يجب له دراهـم خالية من العيب ويرد هذه عليه، وللمـشترى ردها على البائع، وفاء عن القـرض، ويبقى الثمن فى ذمته، وإن حسبـها على البائع وفاء عن القرض ووفاه الثـمن جيدًا جاز، قال: ولو أقرض رجـلاً دراهم، وقال: إذا مت فأنت فى حل كانت وصية، وإن قال: إن مت فأنت فى حل لم يصح، وذلك لأن هذا إبراء معلق على شرط ولا يصح تعليـقه على الشروط، والأول وصـية، لأنه علق ذلك على مـوت نفسه، والوصـية

ألفًا وادفع إلى أرضك أزرعها بالثلث كان خبـيثًا، قال شيخنا: والأولى جواز ذلك إذا لم يكن مشـروطًا، لأن الحاجة داعيـة إليه والمسـتقرض إنمـا يقصد نفع نفسـه، وإنما يحصل انتـفاع المقرض ضمنًا فأشبه أخذ السفتجة به، وإيفاءه فى بلد آخر من حيث إنه مصلحة لهما جميعًا.

فـصل: قال أحمد فى رجل اقترض دراهم وابتاع بها منه شيئًا فخرجت زيوفًا فالبيع جائز ولا يرجع عليــه بشىء، يعنى لا يرجع البائع على المشترى ببـدل الثمن، لأنها دراهمه بعينها فعيبها عليه، وإنما له على المشترى بدل مـا أقرضه إياه بصفته زيوفًا وهذا يحتمل أنه أراد فيما إذا باعه السلعة بها وهو يعلم عينها، فأما إن باعه فى ذمته بدراهم ثم قبض هذه بدلاً عنها غير عالم بهـا فينبغى أن يجب له دراهم خـالية من العيـب ويرد هذه عليه، وللمشـترى ردها على البائع وفاء عن القرض ويبـقى الثمن فى ذمته، فإن حسبها على الـبائع وفاء عن القرض ووفاه الثمن جـيدًا جاز، قال: ولو أقرض رجـلاً دراهم وقال: إذا مت فأنت فى حل كـانت وصية، وإن قـال: إن مت فأنت فى حل لم يصح، لأن هذا إبـراء معلق على شـرط ولا يصح ذلك، والأول وصية لأنه علقه على موت نفسه وذلك جائز، قال: ولو أقرضه تسعين دينارًا وزنًا بمائة عددًا وزنها تسعون وكانت لا تنفق فى مكان ما إلا بالوزن جاز، وإن كانت تنفق برءوسها فلا، وذلك لأنها إذا كانت تنفق فى مكان برءوسها كان ذلك زيادة، لأن تسعين من المائة تقوم مقام التسعين التى أقـرضه إياها ويستفضل عشرة ولا يجـوز اشتراط الزيادة، وإذا كانت لا تنفق إلا بالوزن فلا زيادة فيها وإن اختلف عددها، قال: ولو قال: اقترض لى من فلان مائة ولك عشرة

جائزة، قال: ولو أقرضه تسعـين ديناراً بمائة عدداً والوزن واحد، وكانت لا تنفق فى مكان إلا بالوزن جاز، وإن كانت تنفق برءوسها فلا، وذلك لأنها إذا كانت تنفق فى مكان برءوسها كان ذلك زيادة، لأن التسعين من المائـة تقوم مقام التسعين التى أقرضه إياها، ويسـتفضل عشرة، ولا يجوز اشتراط الزيـادة وإذا كانت لا تنفق إلا بالوزن فلا زيادة فيها وإن كـثر عددها، قال: ولو قال اقترض لى من فلان مائة، ولك عـشرة، فلا بأس، ولو قال: اكفل عنى ولك ألف لم يجز، وذلك لأن قوله: اقترض لى ولك عشرة جعالة على فعل مباح فجازت كما لو قال: ابن لى هذا الحائط ولك عشـرة، وأما الكفالة فإن الكفيل يلزمـه الدين، فإذا أداه له على المكفول عنه، فصار كالقرض، فإذا أخذ عوضاً صار القرض جاراً للمنفعة فلم يجز.

فـصل: قد ذكرنا أن المستـقرض يرد المثل فى المثليات، سواء رخص سعره أو غلا أو كان بحاله، ولو كان ما أقـرضه موجوداً بعينه فرده من غير عيب يحدث فـيه لزم قبوله، سواء تغير سعره أو لم يتغير، وإن حدث به عيب لم يلزمه قبوله، وإن كان القرض فلوساً أو مكسرة فحرمها السلطان وتركت المعاملة بها، كان للمقرض قيمتها ولم يلزمه قبولها سواء كانت قائمة فى يده أو استهلكهـا، لأنها تعيبت فى ملكه، نص عليه أحمـد فى الدراهم المكسرة، وقال: يقومها كم تساوى يوم أخذها؟ ثم يعطيه، وسواء نقصت قيـمتها قليلاً أو كثيراً، قال القاضى: هذا إذا اتفق الناس على تركها، فأما إن تعاملوا بهـا مع تحريم السلطان لها لزمه أخذها، وقال مالك والليث بن سعد والشافعى: ليس له إلا مثل ما أقرضه لأن ذلك ليس بعيب حدث فيها، فجرى مجرى نقص سعرها.

ولنا: أن تحريم السلطان لها منع إنفاقـها وأبطل ماليتها، فأشبـه كسرها أو تلف أجزائها، وأما رخص السعر فلا يمنع ردها، سواء كان كثيراً، مثل أن كانت عشرة بدانق فصارت عشرين بدانق أو قليلاً لأنه لم يحدث فيها شىء إنما تغير السعر، فأشبه الحنطة إذا رخصت أو غلت.

فلا بأس، ولو قـال: اكفل عنى ولك ألف لم يجز، وذلك لأن قـوله اقترض لى ولك عـشرة جعالة على فعل مباح فجازت كما لو قال: ابن لى هذا الحائط ولك عشرة، وأما الكفالة فلأن الكفيل يلزمه أداء الدين فإذا أداه وجب له على المكفول عنه فصـار كالقرض، فإذا أخذ عوضاً صار قرضاً جر منفعة فلم يجز.

13- مـسألة: (وإذا أقرضه أثماناً فطالبه بها ببلد آخر لزمـته، وإن أقرضه غيرها فطالبه بها لم تلزمه فإن طالبه بالقيمة لزمه أداؤها).

وجـملة ذلك أنه إذا أقرضه ما لحمله مؤنة وطالبه بمثله ببلد آخر لم يلزمه، لأنه لا يلزمه حمله إلى ذلك البلد، فإن تبرع المقترض بدفع المثل وأبى المقرض قبوله فله ذلك، لأن عليه ضرراً فى قبـضه لأنه ربما احتاج إلى حمله إلى المـكان الذى أقرضه فيه، وله المطالبة بقـيمة ذلك فى البلد الذى أقرضه فيه، لأنه المكان الذى يجب التسليم فيه.

فـصل: وإذا أقرضه ما لحمله مؤنة ثم طالبه بمثله ببلد آخر لم يلزمه، لأنه لا يلزمه حمله له إلى ذلك البلد، فإن طالبه بالقيـمة لزمه، لأنه لا مؤنة لحملها، فإن تبرع الـمستقرض بدفع المثل وأبى المقـرض قبوله فله ذلك، لأن عليه ضـرراً فى قبضه، لأنه ربما احـتاج إلى حمله إلى المكان الذى أقرضه فيه، وله المطالبة بقـيمة ذلك فى البلد الذى أقرضه فيه، لأنه المكان الذى يجب التسليم فيـه، وإن كان القرض أثمانًا أو مالاً مؤنة فى حمله وطالـبه بها وهما ببلد آخر، لزمه دفعه إليه، لأن تسليمه إليه فى هذا البلد وغيره واحد.

فـصل: وإن أقرض ذمى ذميّا خمراً، ثـم أسلما أو أحدهما، بطل القرض ولم يجب على المقـترض شىء، سواء كان هو المسلم أو الآخر، لأنه إذا أسلم لم يجز أن يجب عليه خمر لعدم مـاليتها، ولا يـجب بدلها لأنها لا قيـمة لها، ولذلك لا يضـمنها إذا أتلفهـا، وإن كان المسلم الآخر لم يجب له شىء لذلك.

ولو أقرضه أثمانًا أو ما لا مؤنة لحمله وطالبه بهـا وهما ببلد آخر لزمه دفعه، لأن تسليمه إليه فى هذا البلد وغيره واحد.

فـصل: ولو أقرض ذمى ذميـا خمراً ثم أسلما أو أحدهمـا بطل القرض ولم يجب على المقـترض شىء، سواء كان هو المقتـرض أو المقرض، لأنه إذا أسلم لم يجز أن يجب عليه خمر لعدم ماليـتها ولا يجب بدلها، لأنه لا قيمة لها، ولذلك لا يضـمنها إذا أتلفها، وإن كان المقرض لم يجب له شىء لما ذكرنا، والله سبحانه وتعالى أعلم.

كتــــاب الرهـــــن

الرهن فى اللغة: الثـبوت والدوام، يقال: مـاء راهن، أى راكد، ونعمـة راهنة، أى ثابتة دائمة، وقيل: هو من الحبس، قال الله تعالى: ﴿كُلُّ امْرِئٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾ (الطور: ٢١) وقال ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ (المدثر: ٣٨) وقال الشاعر:

وَفَـــارقَـــتْكَ بِرَهْـنٍ لا فَكَـاكَ لَهُ ... يَوْمَ الوَدَاعِ فَأَضْحَى الـرَّهْنُ قد غَلَقَا[(١)]

شبه لزوم قلبه لـها واحتباسه عندها، لشدة وجـده بها بالرهن الذى يلزمه المرتَهن فيـبقيه عنده ولا يفارقـه، وغلق الرهن استحقـاق المرتهن إياه لعجـز الراهن عن فكاكه، والرهن فى الشرع: المال الذى يجعل وثيقة بالدين لستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه، وهو جائز بالـكتاب والسنة والإجمـاع، أما الكتـاب: فقـول الله تعالى: «وَإِن كُنتُمْ عَلَى سَـفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرُهُنٌ مَقْبُوضَةٌ» (البقرة: ٢٨٣) وتقرأ ﴿فَرِهَانٌ﴾ والرهان جمع رهن والرهن جمع الجمع، قالـه الفراء، وقال الزجاج: يحتـمل أن يكون جمع رهن، مثل سـقف وسقف، وأما السنة: فروت عائشـة ﵂ أن رسول الله ﷺ اشترى من يهودى طعامًا ورهـنه درعه، متفق عليـــه[(٢)]، وروى أبو هريرة ﵁ قال قـال رسول الله ﷺ: «الظهر يركب بنفقـته، إذا كان مرهونًا، ولبن الدر يشـرب بنفقته، إذا كـان مرهونًا، وعلى الذى يركب ويشرب النفـقة» رواه

بـــــاب الرهـــــن

الرهن فى: اللغـة الثبوت والدوام، يقـال ماء راهن أى: راكـد ونعمة راهـنة، أى دائمة، وقيل: هو الحبس، قال الله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ (المدثر: ٣٨) وقال الشاعر:

وَفَـــارقَـــتْكَ بِرَهْـنٍ لاَ فَكَـاكَ لَهُ
يَوْمَ الوَدَاعِ فَـأَضْحَى الـرَّهْنُ قد غَلِقَـا

شبه لزوم قلبه لها واحـتباسه عندها لوجده بها بالرهن الذى يلزمه المرتهن فـيحبسه عنده ولا يفارقه، وغلق الرهن استحقاق المرتهن إياه لعجز الراهن عن فكاكه.

أ- مسألة: (وهو وثيقة بالحق).

الرهن فى الشرع المال الذى يجعـل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه إن تعذر اسـتيفاؤه من ذمة الغريم، وهو جائز بالكتاب والسنة والإجمـاع، قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ (البـقرة: ٢٨٣) وروت عائشة أن رسول الله ﷺ اشترى

---

(١) البيت لزهير بن أبى سلمى، وهو شرح ديوانه (٣٣) وفى النسخ «فارقتك ـ دون الواو».
(٢) تقدم برقم (١٦٠) مسألة (٧٧٢).

البخارى[٣]، وعن أبى هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «لا يغلق الرهن»[٤] وأما الإجماع فأجمع المسلمون على جواز الرهن فى الجملة.

فصل: ويجوز الرهن فى الحضر كما يجوز فى السفر. قال ابن المنذر[٥]: لا نعلم أحدًا خالف فى ذلك، إلا مجاهدًا، قال: ليس الرهن إلا في السفر، لأن الله تعالى شرط السفر فى الرهن بقوله تعالى: ﴿**وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ**﴾ (البقرة: ٢٨٣).

ولنا: أن النبى ﷺ اشترى من يهودى طعامًا ورهنه درعه» وكانا بالمدينة، ولأنها وثيقة تجوز فى السفر فجازت فى الحضر كالضمان، فأما ذكر السفر فإنه خرج مخرج الغالب، لكون الكاتب يعدم فى السفر غالبًا، ولهذا لم يشترط عدم الكاتب وهو مذكور معه أيضًا.

فصل: والرهن غير واجب، لا نعلم فيه مخالفًا، لأنه وثيقة بالدين، فلم يجب كالضمان والكفالة، وقول الله تعالى: ﴿**فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ**﴾ إرشاد لنا لا إيجاب علينا، بدليل قول الله تعالى: ﴿**فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِى اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ**﴾ (البقرة: ٢٨٣) ولأنه أمر به عند إعواز الكتابة، والكتابة غير واجبة فكذلك بدلها.

من يهودى طعامًا ورهنه درعه، متفق عليه، وعن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا يغلق الرهن» وأجمع المسلمون على جواز الرهن فى الجملة.

فصل: ويجوز الرهن فى الحضر كجوازه فى السفر، قال ابن المنذر: لا نعلم أحدًا خالف في ذلك إلا مجاهدًا قال: ليس الرهن إلا فى السفر لقوله تعالى: ﴿**وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ**﴾ (البقرة: ٢٨٣) ولنا أن النبى ﷺ اشترى من يهودى طعامًا ورهنه درعه وكانا بالمدينة، ولأنها وثيقة تجوز فى السفر فجازت فى الحضر كالضمان، فأما ذكر السفر فإنه خرج مخرج الغالب لكون الكاتب يعدم فى السفر غالبًا، ولهذا لم يشترط عدم الكاتب وهو مذكور فى الآية.

فصل: وهو غير واجب لا نعلم فيه مخالفًا، لأنه وثيقة بالدين فلم يجب كالضمان والكتابة، وقول الله تعالى: ﴿**فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ**﴾ إرشاد لنا لا إيجاب علينا بدليل قول الله تعالى: ﴿**فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِى اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ**﴾ (البقرة: ٢٨٣) ولأنه أمر به عند إعواز الكتابة وهى غير واجبة فكذلك بدلها.

---

(٣) أخرجه البخارى (٤/ ح ٢٥١٢/ فتح) وأبو داود (٣/ ح ٣٥٢٦) والترمذى (٣/ ح ١٢٥٤) وابن ماجه (٢/ ح ٢٤٤٠) وأحمد فى مسنده (٢/ ٢٢٨، ٤٧٢) من حديث أبى هريرة.

(٤) أخرجه ابن ماجه (٢/ ح ٢٤٤١) وإسناده ضعيف، فيه: محمد بن حميد الرازى، ومالك فى الموطأ (٢/ ٧٢٨/ ح ١٣) قال أبو عمر: أرسله رواه الموطأ إلا معن بن عيسى فوصله عن أبى هريرة، والبيهقى (٦/ ٤٤) وقال: هذا مرسل.

قلت: ومع ذلك فمعاوية الذى أرسله، ليس بالمشهور، فالحديث إسناده ضعيف.

(٥) ذكره ابن المنذر فى الإجماع (ص ١٠٩/ ح ٥١٩).

فـصل: ولا يخلو الرهن من ثلاثة أحـوال: أحدها: أن يقع بعد الحق، فيـصح بالإجماع لأنه دين ثابت تدعو الحاجة أخـذ الوثيقة به فجاز أخذها به كالضـمان، ولأن الله تعالى قال: ﴿ **وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ** ﴾ فجـعله بدلاً عن الكتابة، فـيكون فى محلها ومحلها بعد وجوب الحق، وفى الآية ما يدل على ذلك وهو قوله: ﴿ **إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ** ﴾ (البقرة: ٢٨٢) فجعله جزاء للمداينة مذكورًا بعدها بفاء التعقيب، **الحال الثانى**: أن يقع الرهن مع العقد الموجب للدين فيقول: بعتك ثوبى هذا بعشرة إلى شهر ترهننى بها عبدك سعدًا، فيقول: قبلت ذلك، فيصح أيضًا، وبه قال مالك والشافعى وأصحاب الرأى، لأن الحاجة داعية إلى ثبوته، فإنه لو لم يعقده مع ثبوت الحق ويشترط فيه لم يتمكن من إلزام المشتـرى عقده، وكانت الخـيرة إلى المشترى، والظـاهر أنه لا يبذله فتفوت الوثـيقة بالحق، **الحال الثالث:** أن يرهنه قبل الحق، فيقول: رهنتك عبدى هذا بعشرة تقرضنيها، فلا يصح فى ظاهر المذهب، وهو اختيار أبى بكر والقـاضى، وذكر القاضى: أن أحمد نص عليه فى رواية ابن منصور، وهو مذهب الشافعى واختار أبو الخطاب أنه يصح، فمتى قال: رهنتك ثوبى هذا بعشـرة تقرضنيـها غـدًا وسلمه إليـه، ثم أقرضـه الدراهم لزم الرهن وهو مذهب مـالك وأبى حنيفة، لأنه وثـيقة بحق، فجاز عـقدها قبل وجوبه كـالضمان، أو فجاز انعـقادها على شىء يحدث فى المستقبل كضمان الدرك.

2- مـسـألة: (وهو لازم فى حق الراهن جائـز فى حق المرتهن) لأن العقد لحـقه وحده فكان له فسـخه كالمـضمون له وهو لازم من جـهة الراهن، لأن الحظ لغـيره فلزم من جهـته كالضمان فى حق الضامن.

3- مـسألة: (يجوز عقده مع الحق وبعده ولا يجوز قبله إلا عند أبى الخطاب).

وجملة ذلك أن الرهن لا يخلو من أحوال ثلاثة: **أحدها:** أن يقع مع الحق فيقول: بعتك هذا بعشرة إلـى شهر ترهننى بها كـذا، فيقول قبلت، فـيصح ذلك، وبه قال مالك والـشافعى وأصحاب الرأى، لأن الحاجة داعية إلى ثبوته فإنه لو لم يعقده مع ثبوت الحق ويشترطه فيه لم يتمكن من إلزام المـشترى عقده وكـانت الخيرة إلى المشـترى، والظاهر أنه لا يبذله فـتفوت الوثيقة بالحق، **الحال الثانى**: أن يقع بعد الحق فيصح بالإجماع، لأنه دين ثابت تدعو الحاجة إلى الوثيقة به فجاز أخذها به كالضمان، ولأن الله تعالى قال: ﴿ **وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ** ﴾ جعله بدلاً عن الكتابة فيكون فى محلهـا، ومحلها بعد وجوب الحق، ولأن فى الآية ما يدل على ذلك وهو قوله تعالى: ﴿ **إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ** ﴾ (البقر: ٢٨٢) فجعله مذكوراً بعدها بفاء التعقيب، **الحال الـثالث:** أن يرهنه قبل الحق فيقول: رهنتك عبدى هذا بعشـرة تقرضنيها فلا يصح فى ظاهر المذهب، واخـتاره أبو بكر والقاضى، وذكر القـاضى أن أحمـد نص عليه فى رواية ابن منصـور وهو مذهب الشـافعى، واخـتار أبو

ولنا: أنه وثيقة لحق لا يـلزم قبله، فلم تصح قبله كالشهـادة، ولأن الرهن تابع للحق فلا يسبقه كـالشهادة، والثمن لا يتقدم البيع، وأمـا الضمان فيحتمل أن يمـنع صحته، وإن سلمنا فالفرق بينـهما أن الضمان التـزام مال تبرعًا بالقـول، فجاز من غير حق ثابـت كالنذر بخلاف الرهن.

٧٨٤- **مسألة:** قال: **(ولا يصح الرهن إلا أن يكون مقبوضًا من جائز الأمر).**

يعني لا يلزم الرهن إلا بالقبض، وبهذا قال أبو حنيفة والشـافعي وقال بعض أصحابنا: ما كان مكيلاً أو موزونًا لا يلزم رهنه إلا بالقبض وفيما عداهما روايتان:

إحداهما: لا يلزم إلا بالقبض.

والأخرى: يلزم بمجرد العقد كالبيع.

وقد نص أحمد على هذا في رواية الميمـوني، وحمل القاضي كلام الخرقي على المكيل والموزون خاصة، وليس بصـحيح، فإن كلام الخرقي مع عمومه قـد أتبعه بما يدل على إرادة التعمـيم، وهو قوله: فإن كان مما ينقل فـقبضه أخذه إياه من راهنه منقـولاً، وإن كان مما لا ينقل كالدور والأرضين فقبضه بتخلية راهنه بينه وبينه، وقال أحمد: في الدار والجارية إذا ردها إلى الرهن لم يكن رهنًا في الحال، وهذا كقول الخرقي وقال مالك: يلتزم الرهن بمجرد العقد قبل القبض، لأنه عقد يلزم بالقبض فلزم قبله كالبيع.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ وصفها بكونها مقبوضة، ولأنه عقد إرفاق يفتقر إلى القبول، فافتقر إلى القبض كالقـرض، ولأنه رهن لم يقبض فلا يلزم إقباضه، كما لو مات الراهن، ولا يشبه البيـع فإنه معاوضة، وليس بإرفاق، وقول الخـرقي: «من جائز الأمر» يعني أن الراهن الذي يرهن ويقبض يكون جائز التصـرف في ماله، وهو الحر المكلف الرشيد، ولا يكون محجوراً عليه لصغر أو جنون أو سفه أو فلس، ويعتبر ذلك في حال رهنه وإقباضه، لأن العقد والتسليم ليس بواجب، وإنما هو إلى اختيـار الراهن، فإذا لم يكن له اختيار صحيح لم يصح ولأنه نوع تصرف في المال، فلم يصح من المحجور عليه من غير إذن كالبيع، فإن جن أحد المـتراهنين قـبل القبض أو مات لم يبطـل الرهن، لأنه عقد يئـول إلى اللزوم فلم يبطل بجنون أحد المتعاقدين أو موته، كالبيع الذي فيه الخيار، ويقوم ولي المجنون مقامه، فإن كان

الخطاب أنه يصح، فإذا قـال: رهنتك ثوبي هذا بعشرة تقرضنيـها غدًا وسلمه إليـه ثم أقرضه الدراهم لزمه الرهن وهو مذهب أبي حنيفة ومالك، لأنه وثيقة بالحق فجاز عقدها قبل وجوبه كالضمان أو فجاز انعقادها على شيء يحدث في المستقبل كضمان الدرك، ولنا أنه وثيقة بحق لا يلزم قبله فلم يصح قبله كالشهادة، ولأن الرهن بالحق تابع للحق فلا يسبقه كالشهادة، وأما الضمان فيحتمل أن يمنع صحته، وإن سلمناه فالفرق بينهما أن الضمان التزام مال تبرعًا بالقول فجاز من غير حق ثابت كالنذر.

المجنون الراهن كان الحظ فى التقبيض، مثل أن يكون شرطًا فى بيع يستضر بفسخه ونحوه أقبضه، وإن كان الحظ فى تركه لم يجز له تقبيضه وإن كان المجنون المرتهن قبضه وليه إن اختار الراهن، وإن امتنع لم يجبر، وإذا مات قام وارثه مقامه فى القبض، فإن مات الرهن لم يلزم ورثته تقبيضه، لأنهم يقومون مقام الراهن ولم يلزمه ذلك، فإن لم يكن على الميت دين سوى هذا الدين فأحب الورثة تقبيض الرهن جاز، وإن كان عليه دين سواه فظاهر المذهب: أنه ليس للوارث تخصيص المرتهن بالرهن، نص عليه أحمد، فى رواية على بن سعيد، وهو مذهب الشافعى وذكر القاضى فيه رواية أخرى: أن لهم ذلك، أخذًا مما نقل ابن منصور وأبو طالب عن أحمد أنه قال: إذا مات الراهن أو أفلس فالمرتهن أحق به من الغرماء، ولم يعتبر وجود القبض بعد الموت أو قبله، وهذا لا يعارض ما نقله على بن سعيد، لأنه خاص وهذا عام، والاستدلال به على هذه الصورة يضعف جدًا لندرتها، فكيف يعارض به الخاص؟ لكن يجوز أن يكون هذا الحكم مبنيًا على الرواية التى يعتبر فيها القبض فى غير المكيل والموزون فيكون الرهن قد لزم قبل القبض، ووجب تقبيضه على الراهن، فكذلك على وارثه، ويختص بما عدا المكيل والموزون، وأما ما لم يلزم الرهن فيه فليس للورثة تقبيضه، لأن الغرماء تعلقت ديونهم بالتركة قبل لزوم حقه فى الرهن، فلم يجز تخصيصه به بغير رضاهم؛ كما لو أفلس الراهن إلا إذا قلنا: إن للورثة التصرف فى التركة ووفاء الدين من أموالهم.

فإن قيل: فما الفائدة فى القول بصحة الرهن إذا لم يختص به المرتهن؟.

قلنا: فائدته أنه يحتمل أن يرضى الغرماء بتسليمه إليه فيتم الرهن ولا فرق فى جميع ما ذكرناه بين ما قبل الإذن فى القبض وما بعده، لكون الإذن يبطل بالجنون والموت والإغماء والحجر.

فصل: ولو حجر على الراهن لفلس قبل التسليم لم يكن له تسليمه، لأن فيه تخصيصًا للمرتهن بثمنه، وليس له تخصيص بعض غرمائه، وإن حجر عليه لسفه فحكمه حكم ما لو زال عقله بجنون على ما أسلفناه، وإن أغمى عليه لم يكن للمرتهن قبض الرهن، وليس لأحد تقبيضه، لأن المغمى عليه لا ولاية عليه، وإن أغمى على المرتهن لم يكن لأحد أن يقوم مقامه فى قبض الرهن أيضًا، وانتظر إفاقته، وإن خرس وكانت له كتابة مفهومة أو إشارة معلومة فحكمه حكم المتكلمين إن أذن فى القبض جاز وإلا فلا، وإن لم تفهم إشارته ولا كتابته لم يجز القبض وإن كان أحد هؤلاء قد أذن فى القبض فحكمه حكم من لم يأذن، لأن إذنهم يبطل بما عرض لهم وجميع هذا تناوله قول الخرقى من جائز الأمر وليس أحد من هؤلاء جائز الأمر.

فصل: إذا تصرف الراهن فى الرهن قبل القبض بهبة أو بيع أو عتق أو جعله صداقًا أو رهنه ثانيًا بطل الرهن الأول، سواء قبض الهبة والمبيع والرهن الثانى أو لم يقبضه، لأنه أخرجه

عن إمكان استيفاء الدين من ثمنه أو فعل ما يدل على قصده ذلك، وإن دَبَّرَ العبد أو أجره أو زوج الأمة لم يبطل الرهن، لأن هذا التصرف لا يمنع البيع، فلا يمنع صحة الرهن، ولأنه لا يمنع ابتداء الرهن فلا يقطع استدامته كاستخدامه، وإن كاتب العبد انبنى على صحة رهن المكاتب، فإن قلنا: يجوز رهن، لم يبطل رهنه، وإن قلنا: لا يجوز رهنه، بطل رهنه كما لو أعتقه.

فصل: واستدامة القبض شرط للزوم الرهن، فإذا أخرجه المرتهن عن يده باختياره زال لزوم الرهن، وبقي العقد كأنه لم يوجد فيه قبض سواء أخرجه بإجارة أو إعارة أو إبداع أو غير ذلك، فإذا عاد فرده إليه عاد اللزوم بحكم العقد السابق.

قال أحمد في رواية ابن منصور: إذا ارتهن داراً ثم أكراها صاحبها خرجت من الرهن، فإذا رجعت إليه صارت رهناً، وقال فيمن رهن جارية ثم سأل المرتهن أن يبعثها إليه لتخبز لهم، فبعث بها، فوطئها انتقلت من الرهن فإن لم يكن وطئها فلا شيء، قال أبو بكر: لا يكون رهناً في تلك الحال، فإذا ردها رجعت إلى الرهن، وممن أوجب استدامة القبض مالك وأبو حنيفة، وهذا على القول الصحيح، فأما على قول من قال: ابتداء القبض ليس بشرط، فأولى أن يقول: الاستدامة غير مشترطة، لأن كل شرط يعتبر في الاستدامة يعتبر الابتداء، وقد يعتبر في الابتداء ما لا يعتبر في الاستدامة، قال أبو الخطاب: إذا قلنا القبض شرط في الابتداء كان شرطاً في الاستدامة، وقال الشافعي: استدامة القبض ليست شرطاً، لأنه عقد يعتبر القبض في ابتدائه، فلم يشترط استدامته كالهبة.

ولنا: قول الله تعالى ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ لأنها إحدى حالتي الرهن، فكان القبض فيها شرطاً كالابتداء ويفارق الهبة، لأن القبض في ابتدائها يثبت الملك فإذا ثبت استغنى عن القبض ثانياً والرهن يراد للوثيقة ليتمكن من بيعه واستيفاء دينه من ثمنه، فإذا لم يكن في يده لم يتمكن من بيعه ولم تحصل وثيقة، وإن أزيلت يد المرتهن لغير حق كغصب أو سرقة أو إباق العبد أو ضياع المتاع ونحو ذلك لم يزل الرهن، لأن يده ثابتة حكماً فكأنها لم تزل.

فصل: وليس للمرتهن قبض الرهن إلا بإذن الراهن، لأنه لا يلزمه تقبيضه فاعتبر إذنه في قبضه كالواهب، فإن تعدى المرتهن فقبضه بغير إذن لم يثبت حكمه، وكان بمنزلة من لم يقبض، وإن أذن الراهن في القبض ثم رجع عن الإذن قبله زال حكم الإذن، وإن رجع عن الإذن بعد قبضه لم يؤثر رجوعه، لأن الرهن قد لزم لاتصال القبض به، وكل موضع زال لزوم الرهن لزوال القبض اعتبر الإذن في القبض الثاني، لأنه قبض يلزم به الرهن أشبه الأول ويقوم ما يدل على الإذن مقامه، مثل إرساله العبد إلى مرتهنه ورده لما أخذه من المرتهن إلى يده ونحو ذلك، لأن ذلك دليل على الإذن، فاكتفى به كدعاء الناس إلى الطعام وتقديمه بين أيديهم يجري مجرى الإذن في أكله.

٧٨٥- **مـسـألة:** قـال (**والقبض فيه من وجـهين: فإن كان مما ينقل فـقبض المرتهن له أخذه إياه من راهنه منقولاً، وإن كـان مما لا ينقل، كالدور والأرضين، فقبـضه تخلية راهنه بينه وبين مرتهنه لا حائل دونه**).

وجـملة ذلك: أن القبض في الرهن كالقبض في البيع والهبة، فإن كان منقولاً فقبضه نقله أو تناوله وإن كان أثمانًا أو شـيئًا خفيـفًا يمكن قبضه باليـد فقبضه تناوله بهـا، وإن كان مكيلاً رهنه بالكيل أو موزونًا رهنه بالوزن فـقبضه اكـتياله أو اتزانه، لقول النبـي ﷺ: «إذا سميت الكيـل فكِلْ»(٦) وإن ارتهن الصبرة جزافًا أو كان ثيابًا أو حيـوانًا فقبضه نقله، لقول ابن عمر: كنا نشترى الطعـام من الركبان جزافًا فنهـانا النبى ﷺ أن نبيعه حتى ننـقله من مكانه، متفق عليـه(٧)، وإن كان الرهن غير منقول كالعقار والثمرة على الـشجرة فقبضه التخلية بين مرتهنه وبينه من غير حائل، بأن يفتح له باب الدار أو يسلم إليه مفـتاحها، وإن خلى بينه وبينها وفيها قماش للراهـن صح التسليم، لأن اتصالها بملك الراهن لا يمنـع صحة التسليم، كـالثمرة فى الشجرة، وكذلك لو رهنه دابة عليها حمل للراهن فسلمها إليه صح التسليم، ولو رهن الحمل وهو على الدابة وسلمها إليـه بحملها صح القبض، لأن القبض حـصل فيهما جميـعًا، فيكون موجودًا فى الرهن منهما.

فـصل: وإن رهنه سهمًا مـشاعًا مما لا ينقل خلى بينه رهنه، سـواء حضر الشريك أو لم يحـضر، وإن كان منقولاً كالجوهرة يرهن نصفها فقبضها تناولها، ولا يمكن تناولها إلا برضا الشريك، فإن رضى الشريك تناولها، وإن امتنع الشريك فرضى المرتهن والراهن بكونها فى يد الشريك جاز، وناب عنه فى القبض، وإن تنازع الشـريك والمرتهن نصب الحاكم عدلاً تكون فى يده لهما، وإن ناولها الراهن للمرتهن بغير رضا الشـريك فتناولها فإن قلنا: استدامة القبض شرط، لم يكفه ذلك التناول، وإن قلنا: ليس بشرط فقد حصل القبض، لأن الرهن حصل فى يده مع التعدى فى غيره فـأشبه ما لو رهنه ثوبًا فسلمه إليه مع ثوب لغيره فـتناولهما معًا، ولو رهنه ثوبًا فاشـتبه علـيه بغيـره فسلم إليه أحـدهما لم يثبت القـبض، لأنه لا يعلم أنه أقبـضه الرهن، فإن تبين أنه الرهن تبـين صحة التسليم، وإن سلم إليه الثوبين مـعًا حصل القبض لأنه قد تسلم الرهن يقينًا.

فـصل: ولو رهنه دارًا فخلى بينه وبينها وهما فـيها، ثمَّ خرج الراهن صح القبض، وبهذا قال الشافعى، وقـال أبو حنيفة لا يصح حتى يخلى بينه وبينها بعد خروجـه منها، لأنه ما كان فى الدار فيده عليها فما حصلت التخلية.

ولنا: أن التخلية تصـح بقوله مع التمكين منها وعدم المـانع، فأشبه ما لو كـانا خارجين

---

(٦) تقدم تخريجه بالحديث رقم (٦٢) مسألة (٧٣٢).

(٧) تقدم برقم ٥٦ مسألة (٧٣١).

عنها، ولا يصح ما ذكره، ألا ترى أن خروج المرتهن منها لا يزيل يده عنها، ودخوله إلى دار غيره لا يثبت يده عليها؟ ولأنه بخروجه عنها محقق لقوله، فلا معنى لإعادة التخلية.

فصل: وإن رهنه مالاً له في يد المرتهن عارية أو وديعة أو غصبًا أو نحوه صح الرهن، لأنه مالك له يمكن قبضه، فصح رهنه، كما لو كان في يده، وظاهر كلام أحمد: لزوم الرهن بنفس العقد من غير احتياج إلى أمر زائد، فإنه قال: إذا حصلت الوديعة في يده بعد الرهن فهو رهن، فلم يعتبر أمرًا زائدًا، وذلك لأن اليد ثابتة والقبض حاصل، وإنما يتغير الحكم لا غير، ويمكن تغير الحكم مع استدامة القبض، كما لو طولب بالوديعة فجحدها لتغير الحكم، وصارت مضمونة عليه من غير أمر زائد، ولو عاد الجاحد فأقر بها وقال لصاحبها: خذ وديعتك، فقال: دعها عندك وديعة كما كانت ولا ضمان عليك فيها لتغير الحكم من غير حدوث أمر زائد. وقال القاضي وأصحاب الشافعي: لا يصير رهنًا حتى تمضي مدة يتأتى قبضه فيها: فإن كان منقولاً فيمضي مدة يمكن نقله فيها، وإن كان مكيلاً فميضي مدة يمكن اكتياله فيها، وإن كان غير منقول فيمضي مدة التخلية، وإن كان غائبًا عن المرتهن لم يصر مقبوضًا حتى يوافيه هو أو وكيله، ثم تمضي مدة يمكن قبضه فيها، لأن العقد يفتقر إلى القبض والقبض إنما يحصل بفعله أو بإمكانه ويكفي ذلك ولا يحتاج إلى وجود حقيقة القبض لأنه مقبوض حقيقة، فإن تلف قبل مضي مدة يتأتى قبضه فيها فهو كتلف الرهن قبل قبضه، ثم هل يفتقر إلى الإذن من الراهن في القبض؟ يحتمل وجهين: أحدهما: يفتقر لأنه قبض يلزم به عقد غير لازم، فلم يحصل بغير إذن، كما لو كان في يد الراهن وإقراره في يده لا يكفي كما لو أقر المغصوب في يد غاصبه مع إمكان أخذه منه، والثاني: لا يفتقر إلى إذن في القبض، لأن إقراره له في يده بمنزلة إذنه في القبض، فإن أذن له في القبض ثم رجع عنه قبل مضي مدة يتأتى القبض فيها لم يلزم الرهن حتى يعود فيأذن، ثم تمضي مدة يقبضه في مثلها.

فصل: فإذا رهنه المضمون، كالمغصوب والعارية والمقبوض في بيع فاسد أو على توجه السوم صح وزال الضمان، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة، وقال الشافعي: لا يزول الضمان ويثبت فيه حكم الرهن، والحكم الذي كان ثابتًا فيه يبقى بحاله، لأنه لا تنافي بينهما بدليل أنه لو تعدى في الرهن صار مضمونًا ضمان الغصب، وهو رهن كما كان فكذلك ابتداؤه، لأنه أحد حالتي الرهن.

ولنا: أنه مأذون له في إمساكه رهنًا لم يتجدد منه فيه عدوان، فلم يضمنه كما لو قبضه منه ثم أقبضه إياه، أو أبرأه من ضمانه، وقولهم: لا تنافي بينهما ممنوع، فإن الغاصب يده عادية يجب عليه إزالتها، ويد المرتهن محقة جعلها الشرع له، ويد المرتهن يد أمانة، ويد الغاصب والمستعير ونحوهما يد ضامنة وهذا: متنافيان، ولأن السبب المقتضي للضمان زال

فزال الضمان لزواله، كما لو رده إلى مالكه، وذلك لأن سبب الضمان الغصب والعارية ونحوهما، وهذا لم يبق غاصبًا ولا مستعيرًا ولا يبقى الحكم مع زوال سببه وحدوث سبب يخالف حكمه حكمه، وأما إذا تعدى فى الرهن فإنه يلزمه الضمان لعدوانه لا لكونه غاصبًا ولا مستعيرًا، وهاهنا قد زال سبب الضمان ولم يحدث ما يوجبه فلم يثبت.

فصل: ويجوز أن يوكل فى قبض الرهن، ويقوم قبض وكيله مقام قبضه فى لزوم الرهن وسائر أحكامه، وإن وكل المرتهن الراهن فى قبض الرهن له من نفسه لم يصح، ولم يكن ذلك قبضًا لأن الرهن وثيقة ليستوفى الحق منه عند تعذر استيفائه من الراهن فإذا كان فى يد الراهن لم يحصل معنى الوثيقة، وقد ذكرنا فى البيع أن المشترى لو دفع إلى البائع غرارة وقال: كل حقى فى هذه ففعل، كان ذلك قبضًا، فيخرج هاهنا كذلك.

فصل: وإذا أقر الراهن بتقبيض الرهن، أو أقر المرتهن بقبضه، كان ذلك مقبولاً فيما يمكن صدقهما فيه، وإن أقر الراهن بالتقبيض ثم أنكره وقال: أقررت بذلك ولم أكن قبضت شيئًا، أو أقر المرتهن بالقبض ثم أنكر، فالقول قول المقر له، فإن طلب لمنكر يمينه ففيه وجهان: أحدهما: لا يلزمه يمين، لأن الإقرار أقوى من البينة، ولو قامت البينة بذلك وطلب المشهود عليه يمين خصمه لم يقبل منه فكذلك الإقرار، والثانى: يلزمه اليمين، وهو قول الشافعى فى منصوصه، لأن العادة جارية بأن الإنسان يشهد على نفسه بالقبض قبله، فتسمع دعواه، ويلزم خصمه اليمين، لما ذكرنا من حكم العادة، وهذا أجود ويفارق البينة فإنها لا تشهد بالحق قبله ولو فعلت ذلك لم تكن بينة عادلة، وقال القاضى: إن كان المقر غائبًا فقال: أقررت لأن وكيلى كتب إلىّ بذلك، ثم بان لى خلافه، سمعنا قوله، وأحلفنا خصمه، وإن أقر أنه باشر ذلك بنفسه، ثم عاد فأكذب نفسه، لم يحلف خصمه، وهذا قول بعض أصحاب الشافعى، فأما إن اختلفا فى القبض فقال المرتهن: قبضه وأنكر الراهن، فالقول قول من هو فى يده، لأنه إن كان فى يد الراهن فالأصل معه، وهو عدم الإقباض، ولم يوجد ما يدل على خلافه، وإن كان فى يد المرتهن فقد وجد القبض، لكونه لا يحصل فى يده إلا بعد قبضه، وإن اختلفا فى الإذن فقال الراهن: أخذته بغير إذنى، قال: بل بإذنك، وهو فى يد المرتهن، فالقول قوله، لأن الظاهر معه، فإن العقد قد وجد، ويده تدل على أنه بحق، ويحتمل أن يكون القول قول الراهن، لأن الأصل عدم الإذن، وهذا مذهب الشافعى، وذكر القاضى هذين الوجهين.

فصل: وإذا رهنه عينين فتلفت إحداهما قبل قبضها انفسخ العقد فيها دون الباقية، لأن العقد كان صحيحًا فيهما وإنما طرأ انفساخ العقد فى إحداهما فلم يؤثر، كما لو اشترى شيئين ثم رد أحدهما بعيب أو خيار أو إقالة، والراهن مخير بين إقباض الباقية وبين منعها، وإن كان

التلف بعد قبض الأخرى فقد لزم الرهن فيها، فإن كان الرهن مشروطًا فى بيع ثبت للبائع الخيار لتعذر الرهن بكماله، فإن رضى لم يكن له المطالبة ببدل التالفة، لأن الرهن لم يلزم فيها، وتكون المقبوضة رهنًا بجميع الثمن، ولو تلفت إحدى العينين بعد القبض فلا خيار للبائع لأن الرهن لو تلف كله لم يكن له خيار، فإذا تلف بعضه أولى، ثم إن كان تلفها بعد قبض العين الأخرى فقد لزم الرهن فيها، وإن كان قبل قبض الأخرى فالراهن مخير بين إقباضها وبين تركه، فإن امتنع من تقبيضها ثبت للبائع الخيار، كما لو لم تتلف الأخرى.

فصل: وإن رهنه داراً فانهدمت قبل قبضها، لم ينفسخ عقد الرهن، لأن ماليتها لم تذهب بالكلية، فإن عرصتها وأنقاضها باقية، ويثبت للمرتهن الخيار إن كان الرهن مشروطًا فى بيع لأنها تعيبت ونقصت قيمتها **فإن قيل**: فلم لا ينفسخ عقد الرهن كما تنفسخ الإجارة؟ **قلنا**: الإجارة عقد على منفعة السكنى، وقد تعذرت وعدمت، فبطل العقد لعدم المعقود عليه، والرهن عقد استيثاق يتعلق بالأعيان التى فيها المالية وهى باقية وعلى هذا تكون العرصة والأنقاض من الأخشاب والأحجار ونحوهما من الرهن لأن العقد ورد على جميع الأعيان والأنقاض منها، وما دخل فى العقد استقر بالقبض.

فصل: وكل عين جاز بيعها جاز رهنها، لأن مقصود الرهن الاستيثاق بالدين للتوصل إلى استيفائه من ثمن الرهن إن تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن، وهذا يتحقق فى كل عين جاز بيعها، ولأن ما كان محلاً للبيع كان محلاً لحكمة الرهن، ومحل الشىء محل لحكمته، إلا أن يمنع مانع من ثبوته أو يفوت شرط فيتنفى الحكم لانتفائه، فصح رهن المشاع لذلك، وبه قال ابن أبى ليلى ومالك والبتى والأوزاعى وسوار والعنبرى والشافعى وأبو ثور، وقال أصحاب الرأى: لا يصح رهنه، إلا أن يرهنه من شريكه أو يرهنها الشريكان من رجل واحد، أو يرهن رجلاً داره من رجلين فيقبضانها معًا، لأنه عقد تخلف عنها مقصوده لمعنى اتصل به، فلم يصح، كما لو تزوج أخته من الرضاع، بيانه: أن مقصوده الحبس الدائم والمشاع لا يمكن المرتهن حبسه، لأن شريكه ينتزعه يوم نوبته، ولأن استدامة القبض شرط، وهذا يستحسن زوال اليد عنه لمعنى قارن العقد، فلم يصح رهنه كالمغصوب.

ولنا: أنها عين يجوز بيعها فى محل الحق فيصح رهنها كالمفرزة، ولا نسلم أن مقصوده الحبس بل مقصوده استيفاء الدين من ثمنه عند تعذره من غيره والمشاع قابل لذلك، ثم يبطل

4- **مسألة: (ويصح فى كل عين يجوز بيعها)**.

لأن مقصود الرهن الاستيثاق بالدين ليتوصل إلى استيفائه من ثمن الرهن إن تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن، وهذا يتحقق فى كل ما يجوز بيعه، ولأن كل ما كان محلاً للبيع كان محلاً لحكمة الرهن ومحل الشىء محل حكمته إلا أن يمنع من ثبوته مانع أو يفوت بشرط فيبقى الحكم به.

ما ذكروه برهن القاتل والمرتد والمغصوب ورهن ملك غيره بغير إذنه من غير ولاية، فإنه يصح عندهم.

فصل: ويصح أن يرهن بعض نصيبه من المشاع كما يصح أن يرهن جميعه، سواء رهنه مشاعًا فى نصيبه، مثل أن يرهن نصف نصيبه، أو يرهن نصيبه من معين، مثل أن يكون له نصف دار فيرهن نصيبه من بيت منها بعينه، وقال القاضى: يحتمل أن لا يصح رهن حصته من معين من شىء تمكن قسمته لاحتمال أن يقتسم الشريكان فيحصل الرهن فى حصة شريكه.

ولنا: أنه يصح بيعه، فصح رهنه كغيره، وما ذكره لا يصح، لأن الراهن ممنوع من التصرف فى الرهن بما يضر بالمرتهن، فيمنع من القسمة المضرة كما يمنع من بيعه.

فصل: ويصح رهن المرتد والقاتل فى المحاربة والجانى، سواء كانت جنايته عمدًا أو خطأً على النفس وما دونها، وقال القاضى: لا يصح رهن القاتل فى المحاربة واختار أبو بكر: أنه لا يصح رهن الجانى وهو مذهب الشافعى، ومبنى الخلاف فى هذا على الخلاف فى بيعه، وقد سبق الكلام فيه فى موضعه، ثم إن كان المرتهن عالمًا بحاله فلا خيار له، لأنه دخل على بصيرة، فأشبه المشترى إذا علم العيب وإن لم يكن عالمًا ثم علم بعد إسلام المرتد ونداء الجانى فكذلك، لأن العيب زال، فهو كما لو زال عيب المبيع، وإن علم قبل ذلك فله رده وفسخ البيع إن كان مشروطًا فى عقد بيع لأن الشرط اقتضاه سليمًا، فإذا سلم إليه معيبًا ملك الفسخ كالبيع، وإن اختار إمساكه فليس له أرش ولا شىء، لأن الرهن بجملته لو تلف قبل قبضه لم يملك بدله فبعضه أولى، وكذلك لو لم يعلم حتى قتل العبد بالردة أو القصاص، أو أخذ فى الجناية، فلا أرش للمرتهن، وذكر القاضى: أن قياس المذهب: أن له الأرض فى هذه المواضع قياسًا على البيع، وليس الأمر كذلك، فإن المبيع عوض عن الثمن، فإذا فات بعضه رجع بما يقابله من الثمن ولو فات كله، مثل أن يتلف المبيع قبل قبضه رجع بالثمن كله والرهن ليس بعوض، ولو تلف كله قبل القبض لما استحق الرجوع بشىء، فكيف يستحق الرجوع ببدل غيبة أو فوات بعضه؟ وإن امتنع السيد من فداء الجانى لم يجبر، ويباع فى الجناية لأن حق المجنى عليه مقدم على الرهن فأشبه ما لو حدثت الجناية بعد الرهن، فعلى هذا إن استغرق بالأرض قيمته بيع وبطل الرهن، وإن لم يستغرقها بيع منه بقدر الأرش والباقى رهن.

فصل: ويصح رهن المدبر فى ظاهر المذهب بناء على جواز بيعه، ومنع منه أبو حنيفة والشافعى، لأنه علق عتقه بصفة، أشبه ما لو علق عتقه بصفة توجد قبل حلول الحق.

ولنا: أنه عقد يقصد منه استيفاء الحق من العين، أشبه الإجارة، ولأنه علق عتقه بصفة لا تمنع استيفاء الحق، أشبه ما لو علقه بصفة توجد بعد حلول الحق، وما ذكروه ينتقض بهذا الأصل، ويفارق التدبير التعليق بصفة تحل قبل حلول الدين، لأن الرهن لا يمنع عتقه بالصفة، فإذا عتق تعذر استيفاء الدين منه فلا يحصل المقصود، والدين فى المدبر يمنع عتقه

بالتدبير، ويقـدم عليه، فلا يمنع حصول المـقصود، والحكم فيمـا إذا علم التدبير أو لم يعلم كالحكم فى العبـد الجانى على ما فصل فيه، ومـتى مات السيد قبل الوفاء فـعتق المدبر بطل الرهن، وإن عتق بعضـه بقى الرهن فيما بقى، وإن لم يكن للسيد مـال يفضل عن وفاء الدين بيع المدبر فى الدين، وبطل التدبير، لأن الدين مـقدم على التدبير ولا يبطل الرهن، وإن كان الدين لا يستغرقه بيع منه بقدر الدين، وعتق منه ثلث الباقى، وما بقى للورثة.

فـصل: فأما المكاتب فـالصحيح: أنه لا يصح رهنه، وهو مذهب الشافعى لأن استدامة القبض فى الرهن شـرط فى الصحيح، ولا يمـكن ذلك فى المكاتب، وقال القاضى: قـياس المذهب: صـحة رهنه، وهو مذهب مالك، لأنه يجـوز بيعه وإيفـاء الدين من ثمنه فعلى هذا يكون ما يؤديه من نجوم كـتابته رهنًا معه، فـإن عجز ثبت الرهن فيه وفى اكتـسابه، وإن عتق كان ما أداه من نجومه رهنًا، بمنزلة ما لو كسب العبد القن ثم مات.

فـصـل: وأما من علق عتقـه بصفة تحل قبل حلول الحق كمن علق عتقـه بهلال رمضان ومحل الحق آخـره لم يصح رهنه، لكونه لا يمكن بيعه عند حلول الحق، ولا اسـتيفاء الدين من ثمنه، وإن كان الدين يحل قبلها، مثل أن يعلق عـتقه بآخر رمضان، والحق يحل فى أوله صح رهنه، لإمكان استيـفاء الدين من ثمنه، فإن كانت تحـتمل الأمرين كقدوم زيد، فـقياس المذهب: صَحة رهنه، لأنه فى الحال مـحل للرهن يمكن أن يبقى حتى يسـتوفى الدين من ثمنه، فصـح رهنه كالمريض والمـدبر، وهذا مذهب أبى حنيـفة ﷺ، ويحـتمل أن لا يصح

5- مسألة: (إلا المكاتب إذا قلنا: استدامة القبض شرط لم يجز رهنه).

إذا قلنا: لا يجوز بيع الـمكاتب لم يجز رهنه لعدم حـصول مقـصود الرهن به وإن قلنا: يجوز بيعه وقلنا استدامة القبض شرط فى الرهن لم يصح، والصحيح أن استدامة القبض شرط فلا يصح رهنه، وهذا مـذهب الشافعى، لأن اسـتدامة القـبض غير مـمكنة فى حق المكاتب لمنافاتها مقتضى الكتابة، وقال القـاضى: قياس المذهب صحة رهنه وهو مذهب مالك، لأنه يجوز بيـعه وإيفاء الدين من ثـمنه، فعلى هذا يكون ما يؤديه مـن نجوم الكتابة رهنًا مـعه وإن عجز ثبت الرهن فيه وفى اكتسابه وإن عـتق كان ما أداه من نجومه بعد عقد الرهن رهنًا بمنزلة ما لو كسب العبد ثم مات.

فـصل: فأما المعلق عتقه بصفة فإن كانت توجد قبل حلول الدين لم يصح رهنه لكونه لا يمكن بيعه عند حلول الحق ولا اسـتيفاء الدين من ثمنه، وإن كان الدين يحل قبلها صح رهنه لإمكان بيعه واستيـفاء الدين من ثمنه، وإن كانت تحتمل الأمرين كقـدوم زيد فقياس المذهب صحة رهنه، لأنه فى الحـال محل للرهن ويمكن أن يبقى حتى يستوفى الدين مـن ثمنه فأشبه المريض والمـدبر، وهو مذهب أبى حنيفة ويحـتمل أن لا يصح، لأن فيه غـررًا إذ يحتمل أن يعتق قبل حلول الحق، ولأصحاب الشافعى اختلاف كنحو هذا.

رهنه، لأن فيه غرراً، إذ يحـتمل أن يعتق قبل حلول الحق، ولأصحاب الشافعــي فيه اختلاف على نحو ما ذكرنا.

فصل: ويجوز رهن الجارية دون ولدها، ورهن ولدها دونها، لأن الرهن لا يزيل الملك فلا يحصل بذلك تفرقة، ولأنه يمكن تسليم الولد مع أمه، والأم مع ولدها، فإن دعت الحاجة إلى بيعـها فى الدين بيع ولدها معهـا، لأن الجمع فى العقد مـمكن، والتفريق بينهـما حرام، فوجب بيعه معها، فإذا بيعا معًا تعلق حق المرتهن من ذلك بقدر قيمة الجارية من الثمن، فإذا كانت قيمتها مائة، مع أنها ذات ولد، وقيمة الولد خمسون، فحصتها ثلثا الثمن، وإن لم يعلم المرتهن بالولد ثم علم، فله الخـيار فى الرد والإمساك، لأن الولد عيب فـيها لكونه لا يمكن بيعها بدونه فـإن أمسك فهو كما لو علم حال العقـد، ولا شىء له غيرها، وإن ردها فله فسخ البيع، إن كانت مشروطة فيه.

فــصل: ويصح رهن ما يسرع إليـه الفساد، سواء كان مـما يمكن إصلاحه بالتـجفيف، كالعنب والرطب، أو لا يمكن كالبطيخ والطبيخ، ثم إن كان مما يجفف فعلى الراهن تجفيفه لأنه من مؤنة حفظه وتبقيـته، فيلزم الراهن كنفقة الحيوان، وإن كان مـما لا يجفف، فإنه يباع ويقضى الدين من ثمنه، إن كان حــالاً أو يحل قبل فساده، وإن كان لا يحل قبـل فساده جعل ثمنه مكانه رهنًا، سواء شـرط فى الرهن بيعه أو أطلق، وقـال أصحاب الشافعــي: إن كان ما

فــصل: يجوز رهن الجارية دون ولدها، وولدها دونها وإن كــان صغيراً، لأن الرهــن لا يزيل الملك فـلا يحصل بذلك تفرقـة، ولأنه يمكن تسليم الولد مع أمـه والأم مع ولدها فإن دعت الحاجة إلى بيع أحدهما بيع معه الآخر، لأن الجمع فى العقد ممكن والتفريق حرام فإذا بيعا معًا تعلق حق المرتهن من ذلك بقدر قيمة الرهن من الثمن فإذا كانت الجارية رهنًا وكانت قيمتــها مائة مع أنها ذات ولد وقيمة الولد خمـسون فحصتها ثلثـا الثمن فإن لم يعلم المرتهن بالولد ثم علم فله الخيار فى الرد والإمساك، لأن الولد عيب فـيها لكونه لا يمكن بيعها بدونه فإن أمسك فلا شىء له غيرها وإن ردها فله فسخ البيع إن كانت مشروطة فيه.

6- مسألة: (ويجوز رهن ما يسرع إليه الفساد بدين مؤجل ويباع ويجعل ثمنه رهنًا).

يجوز رهن ما يسرع إليه الفســاد بدين حال ومؤجل، لأنه يمكن إيفاء الدين من ثمنه أشبه الثوب وسواء كان ممــا يمكن تجفيفه كالعنب أو لا يمكن كالبطيخ فإن كــان مما يجفف فعلى الراهن تجفيفه، لأنه من مؤنة حفظه وتنقيته فأشـبه نفقة الحيوان، وإن كان مما لا يجفف فإنه يباع ويقضى الدين من ثمنه إن كان حالاً، أو يحل قبل فساده، وإن لم يحل قبل فساده فشرطا بيعه وجعل ثمنه رهنًا فـعلا ذلك، وإن أطلق العقد فذكر القاضى فـيه وجهين: احـدهمـا: لا يصح لأن بيع الرهن قـبل حلول الحق لا يقتضـيه عقـد الرهن فلم يجب كمـا لو شرط أن لا يبيــعه والثـانى: يصح وهو الصحيح، لأن العرف يقـتضى ذلك لكون المالك لا يعرض ملكه

يفسد قبل محل الدين، فشرط المرتهن على الراهن بيعه وجعل ثمنه مكانه صح، وإن أطلق فعلى قولين: **أحدهما:** لا يصح لأن بيع الرهن قبل حلول الحق لا يقتضيه عقد الرهن فلم يجب ولم يصح رهنه كما لو شرط أن لا يبيعه، وذكر القاضي فيه وجهين كالقولين.

ولنا: أن العرف يقتضي ذلك، لأن المالك لا يعرض ملكه للتلف والهلاك فإذا تعين حفظه في بيعه حمل عليه مطلق العقد، كتجفيف ما يجف والإنفاق على الحيوان وحرز ما يحتاج إلى حرز، وأما إذا شرط أن لا يباع فلا يصح، لأنه شرط ما يتضمن فساده وفوات المقصود، فأشبه ما لو شرط أن لا يجفف ما يجف أو لا ينفق على الحيوان، وإذا ثبت ما ذكرناه فإنه إن شرط للمرتهن بيعه أو أذن له في بيعه بعد العقد أو اتفقا على أن يبيعه الراهن أو غيره باعه، وإن لم يمكن ذلك باعه الحاكم وجعل ثمنه رهنًا، ولا يقضى الدين من ثمنه، لأنه ليس له تعجيل وفاء الدين قبل حلوله، وكذلك الحكم إن رهنه ثيابًا فخاف تلفها، أو حيوانًا وخاف موته، قال أحمد فيمن رهن ثيابًا يخاف فسادها كالصوف: أتى السلطان فأمره ببيعها.

فصل: ويجوز(*) رهن العصير لأنه يجوز بيعه، وتعرضه للخروج عن المالية لا يمنع صحة رهنه كالمريض والجاني ثم إن استحال إلى حال لا يخرج فيها عن المالية كالخل فالرهن بحاله، وإن صار خمرًا زال لزوم العقد ووجبت إراقته، فإن أريق بطل العقد فيه، ولا خيار للمرتهن لأن التلف حصل في يده، وإن عاد خلاً عاد اللزوم بحكم العقد السابق كما لو

للتلف والهلاك، فإذا تعين حفظه في بيعه حمل عليه مطلق العقد كالتجفيف في العنب والإنفاق على الحيوان، وللشافعي قولان كالوجهين، فأما إن شرطا أن لا يباع فلا يصح، لأنه شرط ما يتضمن فساده وفوات المقصود فأشبه ما لو شرط عدم النفقة على الحيوان، إذا ثبت ذلك فإنه إن شرط للمرتهن بيعه أو أذن له فيه بعد العقد أو اتفقا على أن الراهن يبيعه أو غيره باعه وإلا باعه الحاكم وجعل ثمنه رهنًا ولا يقضى الدين من ثمنه، لأنه لا يجوز له تعجيل وفاء الدين قبل حله، وكذلك الحكم إن رهنه ثيابًا فخاف تلفها أو حيوانًا فخاف موته لما ذكرنا.

7- مسألة: (ويجوز رهن المشاع).

وبه قال ابن أبي ليلى والنخعي ومالك والأوزاعي والعنبري والشافعي وأبو ثور، وقال أصحاب الرأي: لا يصح إلا أن يرهنه لشريكه أو يرهنها الشريكان لرجل واحد أو يرهن رجل داره من رجلين فيقبضانها معًا لأنه عقد تخلف عنه مقصوده لمعنى اتصل به فلم يصح كما لو تزوج أخته من الرضاع، بيانه أن مقصوده الحبس الدائم والمشاع لا يمكن المرتهن حبسه، لأن شريكه ينزعه في نوبته، ولأن استدامه القبض شرط، وهذا يستحق زوال العقد عنه لمعنى فارق العقد فلم يصح رهنه كالمغصوب.

(*) في هـ «يصح».

زالت يد المرتهن عن الـرهن ثم عادت إليه، وإن اسـتحال خمـرًا قبل قبض الـمرتهن له بطل الرهن، ولم يعد بعوده خلاّ، لأنه عقد ضعيف لعدم القبض فيه فأشبه إسلام أحد الزوجين قبل الدخول، وذكر القاضى: أن العصير إذا استحال خمرًا بعد القبض بطل الرهن، ثم إذا عاد خلاّ عاد ملكًا لصاحبه مرهونًا بالعقد السـابق، لأنه يعود مملوكًا بحكم الملك الأول، فيعود حكم الرهن أيضًا، لأنه زال بـزوال الملك فيعـود بعوده، وهذا مذهب الـشافعى، وقـال مالك وأبو حنيفة هو رهن بحـاله، لأنه كانت له قيمـة حالة كونه عصيـرًا، ويجوز أن يصير له قيـمة فلا يجوز أن يزول الملك عنه كما لو ارتد الجانى، ولأن اليـد لم تزل عنه حكمًا، ولهذا لو غصبه غاصب فتخلل فى يده كان ملكًا للمغـصوب منه، ولو زالت يده لكان ملكًا للغاصب، كما لو أراقه فـجمعـه إنسان فتخلل فـى يده كان له، دون من أراقه، وهذا القـول هو قولنا الأول فى المعنى، إلا أن يقـولوا ببقاء الـلزوم فيه حال كـونه خمرًا، ولـم يظهر لى فائدة الخـلاف بعد اتفاقهم على عوده رهنًا باستحالته خلاّ وأرى القول ببقائه رهنًا أقرب إلى الصحة، لأن العقد لو بطل لما عاد صحيحًا من غير ابتداء عقد، **فإن قالوا:** يمكن عوده صحيحًا لعود المعنى الذى بطل بزواله، كما أن زوجة الـكافر إذا أسلمت خرجت من حكم العقد لاختـلاف دينهما، فإذا أسلم الزوج فى العدة عادت الزوجية بالعقد الأول، لزوال الاخـتلاف فى الدين، **قلنا:** هـناك ما زالت الزوجية ولا بطل العقد، ولو بطل بانقضاء العدة لما عاد إلا بعقد جديد، وإنما العقد كان موقوفًا مراعى، فإذا أسلم فى العـدة تبينا أنه لم يبطل وإن لم يسلم تبينا أنه كان قد بطل، وهھنا قد جزمتم ببطلانه.

ولنا أن المشاع يصح بيـعه فى محل الحق فصح رهنه كـالمفرد، قولهم مقـصوده الحبس ممنوع إنما المقصود استيفاء الدين من ثمنه عند تعذره من غير والمشاع قابل لذلك ثم يبطل ما ذكروه برهن القاتل والمرتد والمغصوب ورهن ملك غيره بغير إذنه فإنه يصح عندهم، إذا ثبت ذلك فرضى الشريك والمرتهن بكونه فى يد أحدهما أو غيرهما جاز، لأن الحق لهما لا يخرج عنهما، فإن اختلفا جعله الحاكم فى يد أمين أمانة أو بأجرة، لأن المالك لا يلزمه تسليم ما لم يرهنه والمرتهن لا يلزمه ترك الرهن عند المالك فقام الحاكم مقامهما فى حفظه لهما.

فـصل: ويصح أن يرهن بعض نصيبه من المشاع كـما يصح رهن جميعه، سـواء رهنه مشاعًا فى نصيبه مثل أن يرهن بعض نصيبه أو رهن نصيبه من معين مثل أن يكون له نصف دار فيرهن نصيبه من بيت منها بعينه، وقال القاضى: يحتمل أن لا يصح رهن حصته من معين من شيء يمكن قسمته لاحتمال أن يقسم الشريكان فيحصل الرهن فى حصة شريكه.

ولنا أنه يصح بيـعـه فصح رهـنه كغـيـره، وما ذكـروه لا يصح، لأن الراهن مـمنوع من التصرف فى الرهن بما يضر بالمرتهن فيمنع القسمة المضرة كما يمنع من بيعه.

فـصل: ويصح رهن المرتد والقاتل فى المـحاربة والجانى، سواء كانت جنايته عمدًا أو

خطأ على النفس وما دونهـا، وقال القاضي: لا يصح رهن القـاتل في المحاربة، واختـار أبو بكر أنه لا يصح رهن الجاني، والاختـلاف في ذلك مبني على الاختلاف في صحـة بيعه وقد سبق، فإن كان المرتهن عـالمًا بالحال فلا خيار له، لأنه دخل على بصيرة أشـبه المشتري إذا علم العيب، وإن لم يكن عالمًا ثم علم بعد إسـلام المرتد وفداء الجاني فكذلك، لأن العيب زال فهـو كزوال عيـب المبيع، وإن علم قـبل ذلك فله رده وفسخ البـيع إن كان مـشروطًا في العقد، لأن العقـد اقتضاه سليمًا، فإذا ظهر معـيبًا ملك الفسخ كالبيع، وإن اختـار إمساكه فلا أرش له، لأن الرهن بجملتـه لو تلف قبل قبضـه لم يملك بدله فبعضـه أولى، وكذلك لو لم يعلم حتى قتل العبد بالردة أو القصاص أو أخذ في الجناية فلا أرش للمرتهن، وذكر القاضي: أن قياس المذهـب أن له الأرش في هذه المواضع قياسًا على البيع، وليس الأمـر كذلك، فإن المبيع عوض عن الثمن فإذا فات بعضـه رجع بما يقابله من الثمن، ولو فات كله كتلف المبيع قبل قبضه رجع بالثمن كله والرهن ليس بعوض، ولو تلف كله قبل القبض لما استحق الرجوع بشيء فكيف يستحق الرجوع ببـدل عيبه أو فوات بعضه؟ وإن امتنع السـيد من فداء الجاني لم يجبر ويبـاع في الجناية، لأن حق المجني عليه مـقدم على الرهن كما لو حـدثت الجناية بعد الرهن، فعلى هذا إن استغـرق الأرش قيمته بيع وبطل الرهن، وإن لم يستغـرقها بيع منه بقدر الأرش والباقي رهن.

فـصل: ويصح رهن المدبَّر في ظاهر المذهب بناء على جواز بيعه، ومنع منه أبو حنيفة والشافعي، لأنه معلق عتقه بصفة أشبه ما لو كانت توجد قبل حلول الحق.

ولنا: أنه عقد يقصد منه استيفاء الحق من العـين أشبه الإجارة، ولأنه علق عتقه بصفة لا تمنع استيفاء الحق أشبه ما لو علقه بصـفة لا توجد قبل حلول الحق، وما ذكروه ينتقض بهذا الأصل، ويفـارق التدبيـر التـعليق بصفـة توجـد بل حلول الحق، لأن الرهن لا يمنع عـتقـه بالصفة، فإذا عتق تعذر استيفاء الدين منه فـلا يحصل المقصود، والدين في المدبر يمنع عتقه بالتدبير ويقدم عليه فلا يمنع حصول المقصود، والحكم فيما إذا علم وجود التدبير أو لم يعلم كالحكم في العبـد الجاني على ما فصل فيه، ومـتى مات السيد قبل الوفاء فـعتق المدبر بطل الرهن، وإن عتق بعضـه بقي الرهن فيما بقي، وإن لم يكن للسيد مـال يفضل عن وفاء الدين ببيع المدبر في الدين وبطـل التدبير، ولا يبطل الرهن به، وإن كان الدين لا يستـغرقه بيع منه بقدر الدين وعتق ثلث الباقي وباقيه للورثة.

8- **مـسألة:** (ويجوز رهن المبيع غير المكيل والموزون قبل قبضه إلا على ثمنه في أحد الوجهين).

لأنه يصح بيعه فصح رهنه كما بعد القبض، فأمـا رهنه على ثمنه قبل قبضه ففيه وجهان:

أحدهما: لا يصح لوجوه ثلاثة: **أحدها**: أن البيع يقتضى تسليم المبيع أولاً، والرهن يقتضى تسليم الثمن أولا، **والثـانى**: أن البيع يقتضى إيفاء الثمن من غير المبيع والرهن يقتضى إيفاء الثـمن منه، **والثـالث**: أن البيع يقتضى إمساك المبيع مـضمونًا والرهن يقتضى عدم الضمان، وهذا يوجب تناقض الأحكام، وإنما تتحقق هذه المعانى إذا شـرط رهنه قبل قبضه، فإن شرط أنه يقبضه ثم يسلمه رهنًا فإنه يتحقق فيه بعض هذه المعانى، وقد روى عن أحمد أنه قال: إذا حبس ببقيـة الثمن فهو غاصب ولا يكون رهنًا، إلا أن يكون شرط عليـه فى نفس البيع، قال القاضى: معناه شرط عليه رهنًا غير المبيع فيكون له حبسه حتى يقبض الرهن، فإن وفَّى له به وإلا فسخ، **والوجه الثانى**: يصح كما يصح لغير البائع فأما المكيل والموزون فذكر القاضى أنه يجوز رهنه قبل قبضه لأن قبضه مستحق فيـمكن المشترى أن يقبضه ثم يقبضه، وإنما لم يجز بيعه، لأنه يفـضى إلى ربح ما لم يضمن وهو منهى عنه، ويحـتمل أنه لا يصح رهنه لأنه، لا يصح بيعه بربح ولا برأس مال ولا يصح هبته فكذلك رهنه.

9- مـسـألة: (وما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه إلا الثمـرة قبل بُدُوِّ صلاحها من غير شرط القطع فى أحد الوجهين).

لا يصح رهن ما لا يجوز بيـعه كأم الولد والوقف والعين المرهونة، لأن مـقصوده الرهن استـيفاء الدين من ثمنه، ومـا لا يجوز بيعه لا يـمكن ذلك فيه ولو رهن العـين المرهونة عند المـرتهن لم يجز، فلو قـال الراهن للمـرتهن: زدنى مالاً يكـون الذى عندك رهنًا به وبالدين الأول لم يجز، وبه قال أبو حنيفة ومحمـد وهو أحد قولى الشافعى، وقال مالك وأبو يوسف والمـزنى وأبو ثور وابن المنذر: يجـوز ذلك، لأنه لو زاده رهنًا جـاز فكذلك إذا زاد فى دين الرهن، ولأنه لو فدا المرتهن العبد الجـانى بإذن الراهن ليكون رهنًا بالمال الأول وبما فداه به جاز فكذلك ههنا، ولأنها وثيقة مـحضة فجازت الزيادة فيها كالضـمان، ولنا أنها عين مرهونة فلم يجز رهنها بدين آخر كما لو رهنها عند غـير المرتهن، فأما الزيادة فى الرهن فتجوز، لأنه زيادة استيثـاق بخلاف مسألتنا، فأما الـعبد الجانى فلنا فيه منع وإن سلمنا، فـإنما يصح فداؤه ليكون رهنًا بـالفداء والـمال الأول لـكون الرهن لا يمنع تعلق الأرش بالـجانى لـكون الجناية أقوى، ولأن لولى الجناية المطالبـة ببيع الرهن وإخراجه من الرهن فصـار بمنزلة الرهن الجائز قبل قبـضه والرهن الجائز تجـوز الزيادة فيه، فكذلك إذا صار جـائزًا بالجناية، ويفارق الرهن الضمان فإنه يجوز أن يضمن لغيره، إذا ثبت هذا فرهنه بحق بأن كان رهنًا بالأول خاصة، فإن شهد بذلك شاهدان يعتقدان فساده لم يكن لهما أن يشهدا به، وإن اعتقدا صحته جاز أن يشهدا بكيفية الحال، ولا يشهدان أنه رهنه بالحقين مطلقًا.

فصل: وهل يصح رهن الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع أو الزرع الأخضر؟ فيه وجهان: أحدهما: يجوز: وهو اختيار القاضى، لأن الغرر يقل فيه، فإن الثمرة متى تلفت عاد إلى حقه فى ذمة الراهن، ولأنه يجوز بيعه فجاز رهنه، ومتى حل الحق بيع، وإن اختار المرتهن تأخير بيعه فله ذلك، والثانى: لا يصح، وهو منصوص الشافعى، لأنه لا يجوز بيعه فلا يصح رهنه، كسائر ما لا يجوز بيعه، وذكر القاضى: أنه يجوز رهن المبيع الذى يشترط قبضه، كالمكيل والموزون قبل قبضه لأن قبضه مستحق، فيمكن المشترى قبضه ثم يقبضه، أما البيع فإنه يفضى إلى أن يربح فيما لو يضمن، وهو منهى عنه، ويحتمل أن لا يصح رهنه، لأنه لا يصح بيعه.

فصل: وفى رهن المصحف روايتان: إحداهما: لا يصح رهنه نقل الجماعة عنه: أرخص فى رهن المصحف وذلك لأن المقصود من الرهن استيفاء الدين من ثمنه، ولا يحصل ذلك إلا ببيعه، وبيعه غير جائز، والثانية: يصح رهنه، فإنه قال: إذا رهن مصحفًا لا يقرأ فيه إلا بإذنه، فظاهر هذا صحة رهنه، وهو قول مالك والشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى، بناء على أنه يصح بيعه: فصح رهنه كغيره.

فصل: ويصح رهن الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع والزرع الأخضر فى أحد الوجهين، اختاره القاضى، لأن الغرر يقل فيه فإن الثمرة متى تلفت عاد إلى حقه فى ذمة الراهن، ولأنه يجوز بيعه فجاز رهنه، ومتى حل الحق بيع، وإن اختار المرتهن تأخير بيعه فله ذلك والثانى: لا يصح وهو منصوص الشافعى، لأنه لا يجوز بيعه فلا يصح رهنه كسائر ما لا يجوز بيعه.

فصل: وإن رهن ثمرة إلى محل تحدث فيه أخرى لا تتميز فالرهن باطل، لأنه مجهول حين حلول الحق ولا يمكن إمضاء الرهن على مقتضاه، وإن رهنها بدين حال أو شرط قطعها عند خوف اختلاطها جاز، لأنه لا غرر فيه، فإن لم يقطعها حتى اختلطت لم يبطل الرهن، لأنه وقع صحيحًا، لكن إن سمح الراهن بيع الجميع أو اتفقا على قدر منه جاز، وإن اختلفا وتشاحا فالقول قول الراهن مع يمينه، لأنه منكر.

فصل: ولا يصح رهن المصحف فى إحدى الروايتين، نقل جماعة عنه لا أرخص فى رهن المصحف وذلك لأن المقصود من الرهن استيفاء الدين من ثمنه ولا يحصل ذلك إلا ببيعه، وبيعه غير جائز والثانية: يصح فإنه قال: إذا رهن مصحفًا لا يقرأ فيه إلا بإذنه فظاهر هذا صحة رهنه، وهو قول مالك والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى بناء على أنه يصح بيعه فيصح رهنه كغيره، والخلاف فى ذلك مبنى على جواز بيعه، وقد ذكرناه فى كتاب البيع.

10- **مسألة:** (ولا يصح رهن العبد المسلم لكافر).

اختاره القاضى لأنه عقد يقتضى قبض المعقود عليه والتسليط على بيعه فلم يجز كالبيع،

واختار أبو الخطاب صحته إذا شرطا كونه على يد مسلم ويبيعه الحاكم إذا امتنع مالكه وهذا أولى، لأن مقصود الرهن يحصل من غير ضرر.

فصل: ولا يصح رهن المجهول، لأنه لا يصح بيعه، فلو قال: رهنتك هذا الجراب أو البيت أو الخريطة بما فيها لم يصح للجهالة، وإن لم يقل بما فيها صح للعلم بها، ولو قال: رهنتك أحد هذين العبدين لم يصح لعدم التعيين، وقال أبو حنيفة: يصح، لأنه يصح بيعه عنده بشرط الخيار له، وقد ذكر فى البيع، وفى الجملة أنه يعتبر للعلم فى الرهن ما يعتبر فى البيع، وكذلك القدرة على التسليم، فلا يصح رهن الآبق ولا الشارد ولا غير مملوك، لأنه لا يصح بيعه.

فصل: فأما سواد العراق والأرض الموقوفة على المسلمين فظاهر المذهب أنه لا يجوز رهنها، لأنه لا يجوز بيعها، وهذا منصوص الشافعى وحكم بنائها حكمها، فإن كان فيها من غير ترابها أو الشجر المتجدد فيها فإنه يصح إفراده بالبيع والرهن فى **إحدى الروايتين** نص عليهما فى البيع، لأنه طلق، **والثانية**: لا يجوز لأنه تابع لما لا يجوز رهنه فهو كأساسات الحيطان، وإن رهنه مع الأرض بطل فى الأرض، وهل يجوز فى الأشجار والبناء إذا قلنا بجواز رهنها منفردة؟ يخرج على الروايتين فى تفريق الصفقة وهذا مذهب الشافعى رضي الله عنه.

فصل: ولو رهن عبدًا أو باعه يعتقده مغصوبًا فبان ملكه نحو أن يرهن عبد ابنه فيبين أنه قد مات وصار العبد ملكه بالميراث، أو وكل إنسانًا يشترى له عبدًا فباعه الموكل، أو رهنه يعتقده لسيده الأول وكان تصرفه بعد شراء وكيله ونحو ذلك صح تصرفه، لأنه صادف ملكًا فصح كما لو علم، ويحتمل أن لا يصح لأنه اعتقده باطلاً.

فصل: ولو رهن المبيع فى مدة الخيار لم يصح إلا أن يرهنه المشترى والخيار له وحده فيصح ويبطل خياره، ذكره أبو بكر وهو مذهب الشافعى، ولو أفلس المشترى فرهن البائع عين ماله التى له الرجوع فيها قبل الرجوع لم يصح، لأنه رهن ما لا يملكه، وكذلك رهن الأب العين التى وهبها لابنه قبل رجوعه فيها لما ذكرنا، وفيه وجه لأصحاب الشافعى أنه يصح، لأن له استرجاع العين وتصرفه فيها يدل على الرجوع، ولنا أنه رهن ما لا يملكه بغير إذن المالك ولا ولاية عليه فلم يصح كما لو رهن الزوج نصف الصداق قبل الدخول.

فصل: ولو رهن ثمر شجر يحمل فى السنة حملين لا يتميز أحدهما من الآخر فرهن الحمل الأول إلى محل يحدث الحمل الثانى على وجه لا يتميز لم يصح، لأنه مجهول حين حلول الحق فلا يمكن استيفاء الدين منه فأشبه ما لو كان مجهولاً حين العقد، وإن شرط قطع الحمل الأول إذا خيف اختلاطه بالثانى صح، وإن كان الحمل المرهون بحق حال أو كان الثانى يتميز عن الأول إذا حدث فالرهن صحيح، فإن وقع التوانى فى قطع الحمل الأول حتى

اختلط بالثانى وتعذر التمييز لم يبطل الرهن، لأنه وقع صحيحًا وقد اختلط بغيره على وجه لا يمكن فصله فـعلى هذا إن سمح الراهن يكون الثـمرة رهنًا كلهـا أو اتفقا على قـدر المرهون منهما فحسن، وإن اختلفا فالقول قول الراهن مع يمينه فى قدر الرهن، لأنه منكر للقدر الزائد والقول قول المنكر.

فـصل: ولو رهنه منافع داره شـهراً لم يصح، لأن مقصود الرهن استيفاء الدين من ثمنه والمنافع تهلك إلى حلول الـحق، وإن رهنه أجرة داره شـهرًا لم يصح لأنهـا مجـهولة وغـير مملوكة.

فصل: ولو رهن المكاتب من يعتق عليه لم يصح، لأنه لا يملك بيعه وأجازه أبو حنيفة لأنهم لا يدخلون معه فى الكتابة، ولو رهن العبد المأذون من يعتق على السيد لم يصح، لأن ما فى يده لسيده فقد صار حرًا بشرائه.

فـصل: ولو رهن الوارث تركة الميت أو باعها وعلى الميت دين صح فى أحد الوجهين، وفيـه وجه أنه لا يصح، وقال أصحاب الشافعى: لا يصح إذا كـان الدين يستغرق التركة، لأنه تعلق به حق آدمى فلم يصح رهنه كـالمرهون، ولنا أنه تصرف صادف ملكه ولم يعلـق به حقًا فصح كمـا لو رهن المرتد وفارق المرهون، فإن الحق تعـلق باختياره وفى مسألـتنا تعلق بغير اختـياره فلم يمنع تصرفـه وهكذا كل حق يثبت من غيـر إثباته كالزكاة والـجناية فإنه لا يمنع رهنه، فإذا رهنه ثم قضى الحق من غيره فالرهن بحاله، وإن لم يقض الحق فللغرماء انتزاعه، لأن حقهم سابق والحكم فيه كـالحكم فى الجانى، وهكذا الحكم لم تصرف فى التركة ثم رد عليه مبيع باعه المـيت بعيب ظهر فيه أو حق تجدد تعلقه بالتركة مـثل أن وقع إنسان أو بهيمة فى بئر حفرها فى غيـر ملكه بعد موته، فالحكم واحد وهو أن تصرفه صحـيح غير نافذ، فإن قضى الحق من غـيره نفذ وإلا فسخ البـيع والرهن وعلى الوجه الآخر لا يصح تصـرفه، والله أعلم.

فـصل: ولا يصح الرهن والارتهان إلا من جائز الأمر وهو المكلف الرشيد غير المحجور عليه لصغر أو لسفه أو فلس، لأنه نوع تصرف فى المال، فلم يصح من غير إذن من المحجور عليه كالبيع، ويعـتبر ذلك فى حال رهنه وإقباضه، لأن العقـد والتسليم ليس بواجب وإنما هو إلى اختـيـار الراهن، فإذا لم يكـن له اختـيار صـحيح لم يصـح منه كالبـيع، فإن جن أحـد المتـراهنين قبل القبض أو مـات لم يبطل الرهن، لأنه عقد يئـول إلى اللزوم فلم يبطل بجنون أحد المتعاقدين أو موته كالبيع فى مدة الخـيار، ويقوم ولى المجنون مقامه، فإن كان المجنون الراهن وكان الحظ فى التقبيض مثل أن يكون شرطًا فى بيع يستضر بفسخه ونحوه أقبضه، وإن كان الحظ فى قبضه لم يجـز له تقبيضه، وإن كان المجنون المرتهن قبضـه وليه فإذا مات قام

وارثه مقامـه فى القبض، فإن مات الراهن لم يلزم ورثته تقـبيضه، لأنهم يقومـون مقام الراهن ولم يلزمه ذلك، فـإن لم يكن على الميت دين سوى هذا الدين فللورثة تقـبيض الرهن، وإن كان عليه دين سواه فظاهر المذهب أنه ليس للوارث تخصيص المرتهن بالرهن، نص عليه فى رواية على بن سعيـد وهو مذهب الشافعى، وذكر القاضى فيـه رواية أخرى أن لهم ذلك أخذًا مما نقل ابن منصور وأبو طالب عن أحمد أنه قال: إذا مات الراهن أو أفلس فالمرتهن أحق به من الغرماء، ولم يعتبر وجود القبض بعد الموت أو قبله، قال شيخنا: وهذا لا يعارض ما نقله على بن سعيـد، لأنه خاص وهذا عام، والاستدلال به على هذه الصورة يضـعف جدّا لندرتها فكيف يعارض بهـا الخاص، لكن يجوز أن يكون هذا الحكم مـبنيّا على الرواية التى لا يعتـبر فيها القبض فـى غير المكيل والموزون فيكون الرهن قد لزم قبل القبض ووجب تـقبيضه على الراهن فكذلك على وارثه، ويخـتص ذلك بغيـر المكيل والموزون، وأمـا ما يلزم الرهن فـيه فليس للورثة تقبيضه، لأن الغرماء تعلقت ديـونهم بالتركة قبل لزوم حقه فى الرهن، فلم يجز تخصيصه به بغير رضاهم، كـما لو أفلس الراهن إذا قلنا: إن للورثة التصرف فى التركة ووفاء الدين من أموالهم، **فإن قـيل**: فما الفائدة فى القول بصحة الرهن إذا لم يختص المرتهن به؟ **قـلنـا**: فائدته أنه يحتمل أن يرضى الغرماء بتسليمه إليـه فيتم الرهن، وسواء فيما ذكرنا ما بعد الإذن فى القبض وقبله، لأن الإذن يبطل بالجنون والموت والإغماء والحجر.

فـصـل: ولو حجر على الراهن لفلس قبل التـسليم لم يكن له تسليمه، لأن فيه تخصيصًا للمرتهن بثمنه وليس له تخصيص بعض غرمائه، وإن حجر عليه لسفه فحكمه حكم ما لو زال عقله بـجنون على ما أسلفنا، وإن أغـمى عليه لم يكن للمـرتهن قبض الرهن، ولـيس لأحد تقبـيضه لأن المغـمى عليه لا تثبت عـليه الولاية، وإذا أغمى على المـرتهن لم يكن لأحد أن يقوم مـقامه فى قبض الرهـن، وانتظر إفاقته، وإن خـرس وكانت له كتـابة مفهومـة أو إشارة معلومة فـحكمه حكم المتكلمين، وإن لم تفـهم إشارته ولا كتابته لم يجـز القبض، وإن كان أحد هؤلاء قد أذن فى القبض فحكمه حكم من لم يأذن، لأن إذنهم يبطل بما عرض لهم.

١١- مـسألة: (ولا يلزم الرهن إلا بالقبض واستدامته شرط فى اللزوم).

لا يلزم الرهن إلا بالقبض، ويكـون قبل القبض رهنًا جائزًا يـجوز للراهن فسخـه، وبهذا قال أبو حنيفة والشـافعى وسواء فى ذلك المكيل والموزون وغيره، وقـال بعض أصحابنا: فى غير المكيل والمـوزون رواية أخرى: أنه يلزم بمجرد العـقد كالبيع، وقد نص عليـه أحمد فى رواية الميمونى، وقال مالك: يلزم الرهن بمجرد الـعقد قبل القبض، لأنه عقد يلزم بالقبض، فلزم قبله كالبيع ووجه الأولى قوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ وصفها بكونها مقبوضة، ولأنه عقد إرفاق يفتقر إلى القبول فافتقر إلى القبض كالقرض، ولأنه رهن لم يقبض فلا يلزم إقباضه

كما لو مات الراهن، فعلى هذا إن تصرف الرهن فيه قبل القبض بهبة أو بيع أو عتق، أو جعله صداقًا أو رهنه ثانيًا بـطل الرهن الأول، سواء قبض الهبة والبيع والرهن الثـانى أو لم يقبضه، لأنه أخرجه عن إمكان اسـتيفاء الدين من ثمنه أو فعل مـا يدل على قصده ذلك، وإن دبره أو آجره أو زوج الأمة لم يبطل الـرهن، لأن هذا التصرف لا يمنع البيع فلا يـمنع صحة الرهن، ولأنه لا يمنع ابتداء الرهن فلا يقطع اسـتدامته كاستخدامـه، وإن كاتب العبد الرهن انبنى على صحة رهن المكاتب، فـإن قلنا: يجوز رهنه، لم يبطل الرهن كالتـدبير، وإن قلنا: لا يجوز، بطل الرهن كما لو أعتقه.

فــصل: فإن قلنا: إن ابتداء القبض شرط فى لزوم الرهن فاسـتدامة القبض شرط، لأنها إحدى حـالتى الرهن فأشبـهت الابتداء، وإن قلنا: إن الابتداء ليس بـشرط فى اللزوم فكذلك الاستدامة.

12- **مسألة: (فإن أخرجه المرتهن إلى الراهن باختياره زال لزوم الرهن).**

وبقى العقد كأنه لم يوجد فيه قبض، سواء أخرجه بإجارة أو إعارة أو إيداع أو غير ذلك، فإذا عاد فرده إليه عـاد اللزوم بحكم العقد السابق، لأنه أقبضه باخـتياره فلزم به كالأول، قال أحمد فى رواية ابن منصور: إذا ارتهن دارًا ثم أكراها صاحبها خرجت من الرهن، فإذا رجعت إليه صارت رهنًا، وقال فيمن رهن جارية ثم سأل المرتهن أن يبعـثها إليه لتخبز لهم فبعث بها فوطئـها: انتقلت من الرهن، فـإن لم يكن وطئها فلا شـىء، قال أبو بكر: لا تكون رهنًا فى تلك الحال، فإذا ردها رجعت إلى الرهن وممن أوجب استدامة القبض مالك وأبو حنيفة وهذا التفريع على الـقول الصحيح، فأمـا على قول من قال: ابتداء القبـض ليس بشرط، فأولى أن يقول: الاستدامة غير مشروطة، لأن كل شرط يعتبر فى الاستدامة يعتبر فى الابتداء، وقد يعتبر فى الابتداء ما لا يعتبر فى الاستدامة، وقال الشـافعى: استدمة القبض ليست شرطًا، لأنه عقد يعتبر القبض فى ابتدائه فلم تشترط استدامته كالهبة.

ولنا قول الله تعالى ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ ولأنها إحدى حالتى الرهن فكان القبض فيه شرطًا كالابتداء ويفارق الهبة فإن القبض فى ابتدائها يثبت الملك، فإذا ثبت استغنى عن القبض ثانيًا، والرهن يراد للوثيقة ليتمكن من بيعه واستيفاء الدين من ثمنه، فإذا لم يكن فى يده لم يتمكن من بيعه، وإن أزيلت يد المـرتهن بغير حق كالغصب والسـرقة أو إباق العبد أو ضيـاع المتاع ونحو ذلك لم يزل لزوم الرهن، لأن يده ثابتة حكمًا فكأنها لم تزل.

13- **مـســألة: (ولو رهنه عصيـرًا فتخمـر زال لزومه، فإن تخلل عاد لزومه بـحكم العقد السابق).**

يصح رهن العصير، لأنه يـصح بيعه، وتعريضه للخروج عن الماليـة لا يمنع صحة رهنه

فصل: ويجوز أن يستعير شيئًا يرهنه، قال ابن المنذر[٨]: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا استعار من الرجل شيئًا يرهنه على دنانير معلومة عند رجل سماه إلى وقت معلوم ففعل: أن ذلك جائز، وينبغى أن يذكر المرتهن والقدر الذى يرهنه به وجنسه

كالمريض والجانى، فإن صار إلى حال لا يخرج فيها عن المالية كالخل فهو رهن بحاله، وإن تخمـر زال لزوم العقد ووجبت إراقـته، فإن أريق بطل العـقد ولا خيـار للمرتهن، لأن التلف حصل فى يده، فـإنه عاد خلاّ عـاد اللزوم بحكم العقد الـسابق كما لـو زالت يد المرتهن عن الرهن ثم عادت إليـه، وإن استحـال خمرًا قبل قـبض المرتهن له بطل الرهن ولم يعـد بعوده خلا، لأنه عقد ضعيف لعدم القبض فأشـبه إسلام أحد الزوجين قبل الدخول، وذكر القاضى: أن العصير إذا استحال خمرًا بعد الـقبض بطل الرهن أيضًا، ثم إذا عاد خلا عاد ملكًا لصاحبه مرهونًا بالعـقد السابق، لأنه يعود مـملوكًا بحكم الملك الأول فيـعود حكم الرهن، لأنه زال بزوال الملك فيعود بعوده، وهذا قول الشافعى، وقال مالك وأبو حنيفة: هو رهن بحاله، لأنه كانت له قيمـة حال كونه عصيرًا، ويجـوز أن تصير له قيمة فـلا يزول الملك عنه كما لو ارتد الجانى، ولأن اليـد لم تزل عنه حكمًا بدليل أنه لو غـصبه غـاصب فتخلـل فى يده كان ملكًا للمغصوب منه، ولو زالت يده كان ملكًا للغاصب، كما لو أراقـه فجمعه إنسان فتخلل فى يده كان له دون من أراقـه، وهذا القول هو قولنا الأول فى المـعنى إلا أن يقولوا ببقاء اللزوم فـيه حال كـونه خمـرًا، قال شيـخنا: ولم تظهر لى فـائدة الخلاف بعـد اتفاقهم علـى عوده رهنًا باستحالته خلا وأرى القول ببقائه رهنًا أقرب إلى الصـحة، لأن العقد لو بطل لما عاد صحيحًا من غير ابتـداء عقد، فإن قالوا: يمكن عوده صـحيحًا لعود المـعنى الذى بطل بزواله كما أن زوجة الكافر إذا أسلمت خرجت من حكم العقد لاخـتلاف دينهما، فإن أسلم الزوج فى العدة عادت الزوجية بالعقد الأول لزوال الاخـتلاف فى الدين، قلنا هناك ما زالت الزوجية ولا بطل العقد، ولو بطل بانقضاء العدة لما عاد إلا بعقد جـديد، وإنما العقد كان موقوفًا مراعى، فإذا أسلم فى العـدة تبينـا أنه لم يبطل، وإن لم يسلم تبـينا أنه كان قـد بطل، وههنا قـد جزمـتم ببطلانه، وعنه أن القبض واستدامته فى المتعين ليس بشرط، ويلزم بمجرد العقد كالبيع، فعلى هذا إن امتنع الراهن من تقـبيضـه أجبر عليه كـالبيع، فإن رده المـرتهن على الراهن بعارية أو غيرها، ثم طلبه أجبر الراهن على رده، لأن الرهن صحيح والقبض واجب فيجبر عليه كبيعه.

فصل: وإذا استعار شيئًا ليرهنه جاز، قال ابن المنذر[١]: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا استعار من الرجل شيئًا يرهنه على دنانير معلومة عند رجل سماه إلى وقت معلوم ففعل، أن ذلك جائز وينبغى أن يذكر المرتهن والقدر الذي يرهنه به، وجنسه

---

(٨) ذكره ابن المنذر فى الإجماع (ص ١١٠ برقم ٥٢٦).

(١) انظر الحديث السابق.

ومدة الرهن، لأن الضرر يختلف بذلك فاحتيج إلى ذكـره كأصل الرهن، ومتى شرط شيئًا من ذلك فخالف ورهـنه بغيره لم يصح الرهن، لأنه لم يؤذن له فى هذا الرهن فأشـبه من لم يأذن فى أصل الرهن قـال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على ذلك، وإن أذن له فى رهنـه بقدر من المال فنقص عنه، مثل أن يأذن له فى رهنه بمائة فيـرهنه بخمسين صح، لأن من أذن فى مائة فقد أذن فى خمسين، وإن رهنه بأكثر مـثل أن رهنه بمائة وخمسين احتمل أن يبطل فى الكل، لأنه خالف المنصوص عليـه فبطل، كما لو قال: أرهنه بدنانير فـرهنه بدراهم، أو بحال فرهنه بمؤجل، أو بـمؤجل فرهنه بـحال، فإنه لا يصح، كـذلك هـهنـا وهذا منصوص الشـافعى، **والوجه الـثانى**: أنه يصح فى المائة، ويبطل فى الزائد عليها، لأن العقد تناول ما يجوز وما لا يجوز فجـاز فيما دون غيره، كـتفريق الصفقـة، ويفارق ما ذكرنا من الأصول، فـإن العقد لم يتناول مأذونًا فـيه بحال وكل واحد من هذه الأمـور يتعلق به غرض لا يوجد فـى الآخر، فإن الراهن قد يقدر على فكاكه فى الحـال، ولا يقدر على ذلك عند الأجل وبالعكس، وقد يقدر على فكاكه بأحـد النقدين دون الآخر فـيفوت الفرض بالمـخالفة، وفى مـسألتنا: إذا صح فى المائـة المأذون فيـها لم يخـتلف الغرض فـإن أطلق الرهن فى الإذن من غـير تعـيين، فـقال القاضى: يصح وله رهنه بما شاء، وهو قول أصـحاب الرأى وأحد قولى الشافعى، **والآخـر**:

ومدة الرهن، لأن الضرر يختلف بذلك، فاحتيج إلى بيـانه كأصل الرهن ومتى شرط شيئًا من ذلك فخالف، ورهنه بـغيره لم يصح الرهن، لأنه لم يؤذن له فيه أشـبه من لم يأذن فى أصل الرهن، وهذا إجماع حكاه ابن المنذر، فـإن أذن له فى رهنه بقدر من المال فنقص عنه صح، لأن من أذن فى شىء فـقد أذن فى أقل منه، وإن رهنه بـأكثـر احتـمل أن يبطل فى الكل لأنه خالف المنصوص عليه فبطل كما لو قـال: ارهنه بدنانير فرهنه بدراهم أو بحال فرهنه بمؤجل أو بالعكس، فإنه لا يصح وهذا منصوص الشافعى، واحـتمل أن يصح فى القدر المأذون فيه، ويبطل فى الزائد عليه، لأن العـقد تناول ما يجـوز وما لا يجوز فصح فـيما يجوز دون غـيره كتفريـق الصفقة، ويفارق ما ذكـرنا من الأصول، فإن العقد لم يتناول مأذونًا فـيه بحال، وكل واحد من هذه الأمور يتعلق به غرض لا يوجد فى الآخر، فإن الراهن قد يقدر على فكاكه فى الحال، ولا يقدر عـلى ذلك عند الأجل وبالعكس، وقد يقدر على فكاكه بأحـد النقدين دون الآخر فـيفوت الغرض بالمـخالفة، وفى مـسألتنا إذا صح فى المائة المـأذون فيهـا لم يختلف الغرض، فإن أطلق الإذن فى الرهن من غير تعيين فقال القاضى: يصح وله رهنه بما شاء وهو قول أصـحاب الرأى وأحد قولى الشـافعى، والآخر لا يجـوز حتى يتبـين قدر الذى يرهنه به وصفتـه وحلوله وتأجيله، لأن هذا بمنزلة الضمـان لأن منفعة العبـد لسيده والعاريـة ما أفادت المنفعة إنمـا حصلت له نفعًا بكون الرهن وثيقـة عنه، فهو بمنزلة الضمان فى ذمـته، وضمان المجهول لا يصح.

يجوز حــتى يبين قدر الذى يـرهنه به وصفتـه وحلوله وتأجيله لأن هذا بمنزلة الضــمان، لأن منفعة العبـد لسيده، والعارية لما ما أفـادت المنفعة، إنما حصلت له نفعًـا يكون الرهن وثيقة عنه، فهو بمنزلة الضمان فى ذمته وضمان المجهول لا يصح.

• ولنا: أنها عـارية فلم يشترط لصـحتها ذكـر ذلك كالعارية لغـير الرهن، والدليل على أنه عارية: أنه قـبض ملك غيره لمنفـعة نفسـه منفردًا بها من غـير عوض، فكان عـارية كقبـضه للخدمة، وقولهم: إنه ضمان غير صحـيح لأن الضمان يثبت فى الذمة، ولهذا ثبت فى الرقبة ولأن الضمـان لازم فى حق الضامن، وهذا له رجـوع فى العبـد قبل الرهن وإلزام المـستعـير بفكاكه بعده، وقولـهم: إن المنافع للسيد قلنا: المنافع مختلفة، فـيجوز أن يستعيـره لتحصيل منفعة واحدة، وسائر المنافع للسيد كما لو استعاره لحفظ المتاع، وهو مع ذلك يخيط لسيده، أو يعمل له شيئًا أو استعاره ليخيط له ويحفظ المتاع لسيده، **فإن قـيل:** لو كان عارية لما صح رهنه، لأن العـارية لا تلزم والرهن لازم، **قـلنـا:** العارية غير لازمة من جهـة المستعير، فإن لصاحب العبـد المطالبة بفكاكه قبل حلول الدين، ولأن العارية قـد تكون لازمة، بدليل ما لو أعاره حائطًا ليبنـى عليه أو أرضًا ليدفن فيها أو ليـزرع فيها ما لا يحصـد قصيلاً، إذا ثبت هذا فـإنه يصح رهنه بمـا شاء، إلى أى وقت شـاء ممن شـاء، لأن الإذن يتناول الكل بإطلاقـه، وللسـيد مطالبة الـراهن بفكاك الرهن، حالاً كـان أو مؤجلاً فى مـحل الحق وقبل مـحله لأن

ولنا أنها عـارية فلم يشتـرط لصحتـها ذكر ذلك كـالعارية لغيـر الرهن، والدليل على أنه عارية: أنه قبض ملك غيره لمنفعة نفسه منفردًا بها من غير عوض فكان عاريه كقبضه للخدمة، وقولهم: إنه ضمان غـير صحيح، لأن الضمان يثبت فى الذمـة، وهذا يثبت فى الرقبة، ولأن الضمان لازم فى حق الضامن، وهذا له الرجوع فى العبد قـبل الرهن، وإلزام المستعير بفكاكه بعده، وقولهم: إن المنافـع للسيد، قلنا: المنافع مختلفـة فيجوز أن يستـعيره لتحصـيل منفعة واحدة، وسائر المنافع للسيـد كما لو استعاره لحفظ متاع وهو مع ذلك يـخيط لسيده أو يعمل له شيئًا أو استعاره ليخيط له ويحفظ المتاع لسيده، **وإن قيل:** لو كان عارية لما صح رهنه لأن العارية لا تلزم، والرهن لازم، **قلنا:** العارية غير لازمة من جهة المستعير فإن لصاحب العبد المطالبة بفكاكه قبل حلول الدين، ولأن العارية قد تكون لازمة فيما إذا أعاره حائطًا ليبنى عليه أو أرضًا ليزرع فيها ما لا يحصد قصـيلاً، ثم هو منقوض بما إذا استعاره ليرهنه بدين موصوف عند رجل معـين إلى أجل معلوم، إذا ثبت ذلك فـإنه يصح رهنه بما شـاء إلى أى وقت شاء، لأن الإذن يتناول الكل بإطلاقه، وللسيـد مطالبة الراهن بفكاكه حالاً كان أو مـؤجلاً فى محل الحق وقبله، لأن العارية لا تلزم، ومـتى حل الحق فلم يقبضه فللمرتهن بيع الرهن واسـتيفاء الدين من ثمنه، ويرجع المعـير على الراهن بالضمان وهو قيـمة العين المستعـارة أو مثلها إن كانت من ذوات الأمـثال، ولا يرجع بما بيـعت سواء بيعت بأقل من القـيمة أو أكثـر فى أحد

العارية لا تـلزم، ومتى حل الحق فلم يقبضه فللمرتهن بيع الرهن واستيفاء الدين من ثمنه ويرجع المعير على الراهن بالضمان وهو قيمة العين المستعارة، أو مثلها إن كانت من ذوات الأمثال، ولا يرجع بما بيعت به، سواء بيعت بأقل من القيمة أو أكثر فى أحد الوجهين، والصحيح: أنها إن بيعت بأقل من قيمتها رجع بالقيمة لأن العارية مضمونة فيضمن نقص ثمنها وإن بيعت بأكثر رجع بما بيعت به، لأن العبد ملك للمعير فيكون ثمنه كله له، وكذلك لو أسقط المرتهن حقه عن الراهن رجع الثمن كله إلى صاحبه، فإذا قضى به دين الراهن رجع به عليه، ولا يلزم من وجوب ضمان النقص أن لا تكون الزيادة لصاحب العبد، كما لو كان باقيًا بعينه، وإن تلف الرهن ضمنه الراهن بقيمته، سواء تلف بتفريط أو غير تفريط، نص على هذا أحمد، وذلك لأن العارية مضمونة.

فصل: وإن فك المعير الرهن فأدى الدين عليه بإذن الراهن رجع عليه، وإن قضاه متبرعًا لم يرجع بشىء، وإن قضاه بغير إذنه محتسبًا بالرجوع بغير إذنه فهل يرجع؟ على روايتين بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه، ويترجح الرجوع ههنا، لأن له المطالبة بفكاك عبده وأداء دينه فكاكه، وإن اختلفا فى الإذن فالقول قول الراهن مع يمينه لأنه منكر، وإن شهد المرتهن للمعير قبلت شهادته، لأنه لا يجر بها نفعًا ولا يدفع بها ضررًا، وإن قال: أذنت لى فى رهنه بعشرة قال: بل بخمسة فالقول قول المالك، لأنه منكر للزيادة، وبهذا الشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى، وإن كان الدين مؤجلاً فقضاه حالاً بإذنه رجع به حالاً، وإن قضاه بغير إذنه فقال القاضى: يرجع به حالاً أيضًا، لأنه له المطالبة بفكاك عبده فى الحال.

الوجهين، **والثانى:** أنها إن بيعت بأقل من قيمتها رجع بالقيمة، لأن العارية مضمونة فيضمن نقص ثمنها، وإن بيعت بأكثر رجع بما بيعت به لأن العبد ملك للمعير فيكون ثمنه كله له، وكذلك لو أسقط المرتهن حقه عن الراهن رجع الثمن كله إلى صاحبه، فإذا قضى به دين الراهن رجع به عليه، ولا يلزم من ضمان النقص أن لا تكون الزيادة لصاحب العبد كما لو كان باقيًا بعينه، فأما إن تلف الرهن فإن الراهن يضمن بقيمته سواء أتلف بتفريط أو بغير تفريط نص عليه أحمد، لأن العارية مضمونة.

فصل: وإن فك المعير الرهن وأدى الدين الذى عليه بإذن الراهن رجع عليه، وإن قضاه متبرعًا لم يرجع بشىء، وإن قضاه بغير إذنه محتسبًا بالرجوع فهل يرجع؟ على روايتين بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه، ويترجح الرجوع ههنا، لأن له المطالبة بفكاك عبده وأداء دينه فكاكه، وإن اختلفا فى الإذن فالقول قول الراهن مع يمينه لأنه منكر، وإن شهد المرتهن للمعير قبلت شهادته، لأنه لا يجر بها نفعًا ولا يدفع بها ضررًا، وإن قال: أذنت لى فى رهنه بعشرة، قال: بخمسة، فالقول قول المالك، ولأنه منكر للزيادة، وبهذا قال الشافعى وأبو ثور

فــصل: ولو استعار من رجل عبـدًا ليرهنه بمائة فرهنه عند رجلين صح، لأن تعيـين ما يرهن به ليس بشرط، فكذلك من يرهن عنده، ولأن رهنه من رجلين أقل ضررًا من رهنه عند واحد، لأنه ينفك منه بعضـه بقضاء الدين، بخلاف ما لو كـان رهنًا عند واحد، فعلى هذا إذا قضى أحدهما مـا عليه من الدين خرج نصيبه من الرهن، لأن عقـد الواحد مع الاثنين عقدان فى الحقيقة ولو استعار عبدًا من رجلين فرهنه عند واحد بمائة فقضاه نصفها عن أحد النصيبين ففيه وجهان: **أحدهـما:** لا ينفك من الرهن شيء، لأنه عقد واحد من راهن واحد مع مرتهن واحد، فأشبه ما لو كان العبد لواحد، **والثانى:** ينفك نصف العبد، لأن كل واحد منهما إنما أذن فى رهن نصيبه بخمسين، فلا يكون رهنًا بأكـثر منها كما لو صرح له بذلك، فقال: ارهن نصيبى بخمسـين لا تزد عليها، فعلى هذا الوجه: إن كان المرتهن عـالمًا بذلك فلا خيار له، وإن لم يكن عالمًا بذلك، والرهن مشروط فى بيع احتمل أن يكون له الخيار، لأنه دخل على أن كل جزء من الرهن وثيقة بجميع الدين وقد فاته ذلك، ولو كان رهن هذا العبد عند رجلين فقضى أحدهما انفك نصيب كل واحد من المـعيرين من نصفه، وإن قضى نصف دين أحدهما انفك فى نصـيب أحدهمـا على أحـد الوجهـين، وفى الآخر يـنفك نصف نصيب كل واحـد منهما، والله أعلم.

وأصحاب الرأى، وإن كان الدين مؤجلاً فقضـاه حالاً بإذنه رجع به حالاً، وإن قضاه بغير إذنه فقال القاضى: يرجع به حالاً أيضًا، لأن له المطالبة بفكاك عبده فى الحال.

فــصل: ولو استعار من رجل عبـدًا ليرهنه بمائة فرهنه عند رجلين صح، لأن تعيـين ما يرهن به ليس شـرطًا فكذلك من يرهن عنده، ولأن رهنه من اثنين أقل ضـررًا، لأنه ينفك منه بعضه بقضاء بعض الدين بخلاف ما إذا رهنه عند واحد، فإذا قضى أحدهما ما عليه من الدين خرج نصيبه من الرهن، لأن عقد الواحد مع الاثنين عقـدان فى الحقيقة، ولو استعار عبدًا من رجلين فرهنه عند واحـد بمائة فقضاه نصـفها عن أحد النصيـبين لم ينفك من الرهن شيء فى أحد الوجهين، لأنه عقد واحد من راهن واحد مع مـرتهن واحد أشبه ما لو كان العبد لواحد، **والثـانى:** ينفك نصف العبد، لأن كل واحد منهما إنما أذن فى رهن نصيبه بخمسين فلا يكون رهنًا بأكثر منهـما كما لو قال: ارهن نصيـبى بخمسين لا تزد عليها، فـعلى هذا الوجه إن كان المرتهن عالـمًا بذلك فلا خيار له، وإن لم يكـن عالمًا والرهن مشروط فى بيـع احتمل أن له الخيار، لأنه دخل على أن كل جزء من الرهن وثيقة بجـميع الدين وقد فاته ذلك، واحتمل أن لا يكون له خيار، لأن الرهن سلم له كله بالـدين كله وهو قد دخل على ذلك، ولو كان رهن هذا العبـد عند رجلين فقضى أحـدهما انفك نصيب كل واحـد من المعيرين من نصـفه، وإن قضى نصف دين أحدهمـا انفك نصيب أحدهما على أحد الوجـهين، وفى الآخر ينفك نصف نصيب كل واحد منهما.

فـــصل: ولو كان لرجلين عبـدان فأذن كل واحد منهما لشريكه فى رهن نصيبه من أحد العـبدين فـرهناهما عند رجل مطلقًـا صح، فإن شرط أحـدهما أننى متى قضـيت ما علىّ من الدين انفك الرهن فى العبـد الذى رهنته وفى العبد الآخـر، وفى قدر نصيبى من العـبد الآخر فهذا شـرط فاسد لأنه شرط أن ينـفك بقضاء الدين رهن على دين آخر ويفـسد الرهن لأن فى هذا الشرط نقصًا علـى المرتهن، وكل شرط فاسد ينقص حق المرتهن يفـسد الرهن، فأما إن شرط أنه لا ينفك شىء من العبد حتى يقضى جمـيع الدين فهو فاسد أيضًا لأنه شرط أن يبقى الرهن محبـوسًا بغير الدين الذى هو رهن به، لكنه لا ينقص حق المرتهن، فـهل يفسد الرهن بذلك؟ على وجهين.

فـــصل: ولا يصح رهن مـا لا يصح بيعـه، كـأم الولد والوقف والعين المـرهونة، لأن مقصود الرهن اسـتيفاء الدين من ثمنه، وما لا يجوز بيعـه لا يمكن ذلك فيه، ولو رهن العين المرهونة عند المرتهن لم يجز، فلو قال الراهن للمرتهن: زدنى ما لا يكون الرهن الذى عندك رهنًا به وبالدين الأول لم يجز، وبهذا قال أبو حنيفة ومحمد، وهو أحد قولى الشافعى، وقال مالك وأبو يوسف وأبو ثور والمزنى وابن المنذر: يجوز ذلك، لأنه لو زاده رهنًا جاز، فكذلك إذا زاد فى دين الرهن ولأنه لو فدى المرتهن العبد الجانى بإذن الرهن ليكون رهنًا بالمال الأول وبما فداه به جاز فكذلك هـهنا، ولأنها وثيقة محضة، فجازت الزيادة فيها كالضمان.

فـــصل: ولو كان لرجلين عبـدان فأذن كل واحد منهما لشريكه فى رهن نصـيبه من أحد العبـدين فرهناهما عنـد رجل مطلقًا صح، فإن شرط أحدهما: أننى مـتى قضيت ما علىَّ من الدين انفك الوهن فى العبد الذى رهنته، وفى العبد الآخر أو فى قدر نصيبى من العبد الآخر، فهذا شرط فـاسد، لأنه شرط أن ينفك بقضاء الدين رهن على دين آخـر، ويفسد الرهن، لأن فى هذا الشرط نقصًا علـى المرتهن، وكل شرط فاسد ينقص حق المرتهن يفـسد الرهن، فأما إن شرط أنه لا ينفك شىء من العبـد حتى يقضى جميع الدين فهو فـاسد أيضًا، لأنه شرط أن يبقى الرهن مـحبوسًا بغيـر الدين الذى هو رهن به، لكنه لا ينقص حق المرتهن، فـهل يفسد الرهن بذلك، على وجهين، وقد ذكرنا أن الرهن لا يلزم إلا بالقبض فى الصحيح.

فـصل: والقبض فى الرهن كالقبـض فى البيع على ما ذكرناه، فلو رهنه دارًا فخلى بينه وبينها ـ وللراهن فيها قماش ـ لم يـمنع من صحة التسليم، لأن اتصالها بملك الراهن لا يمنع صحة التسليم، كالثمرة فى الشجرة، وكذلك الدابة التى عليها حمل للراهن، ولو رهن الحمل ـ وهو على الدابة ـ وسلمهـا إليه بحملهـا صح القبض، لأنه حصل فـيهمـا جميعًـا، فيكون موجودًا فى الرهن منهما.

فصل: وإذا رهنه سهمًا مشاعًا مما لا ينقل خلى بينه وبينه، وإن لم يحضر الشريك، وإن كان منقـولاً كالجـواهر فقـبضهـا تناولها، ولا يمكن تنـاولها إلا برضى الشـريك، فإن رضى

ولنا: أنها عين مرهونة، فلم يجز رهنها بدين آخر، كما لو رهنها عند غير المرتهن، فأما الزيادة فى الرهن فيجوز، لأنه زيادة استيثاق بخلاف مسألتنا، وأما العبد الجانى فيصح فداؤه ليكون رهنًا بالفداء والمال الأول لكون الرهن لا يمنع تعلق الأرض بالجانى، لكون الجناية أقوى ولأن لولى الجناية المطالبة ببيع الرهن وإخراجه من الرهن فصار بمنزلة الرهن الجائز قبل قبضه، ويجوز أن يزيده فى الرهن الجائز حقًا قبل لزومه فكذلك إذا صار جائزًا بالجناية، ويفارق الرهن الضمان، فإنه يجوز أن يضمن لغيره، إذا ثبت هذا فرهنه بحق ثان كان رهنًا بالأول خاصة، فإن شهد بذلك شاهدان يعتقدان فساده لم يكن لهما أن يشهدا به، وإن اعتقدا صحته لم يكن لهما أن يشهدا أنه رهنه بالحقين مطلقًا، بل يشهدان بكيفية الحال ليرى الحاكم فيه رأيه.

فصل: وأما رهن سواد العراق والأرض الموقوفة على المسلمين، **فالصحيح فى المذهب، أنه لا يجوز بيعها، فكذلك رهنها**، وهذا منصوص الشافعى، وما كان فيها من بنائها فحكمه حكمها، وما كان فيها من غير ترابها أو الشجر المجدد فيها إن أفرده بالبيع والرهن، فهل يصح؟ على روايتين، نص عليهما فى البيع، **إحداهما**: يصح، لأن مطلق، **والثانية**: لا يجوز، لأنه تابع لما لا يجوز بيعه ولا رهنه، فهو كأساسات الحيطان، وإن رهنه مع الأرض بطل فى الأرض، وهل يجوز فى الأشجار والبناء على الرواية التى يجوز رهنها منفردة؟ يخرج على الروايتين فى تفريق الصفقة، وهذا مذهب الشافعى ﷺ.

الشريك تناولها المرتهن، وإن امتنع فرضى الراهن أو المرتهن بيد الشريك جاز، وناب عن المرتهن فى القبض، وإن تنازع الشريك والمرتهن أقام الحاكم عدلاً تكون فى يده لهما، وإن سلمها الراهن إلى المرتهن بغير إذن الشريك فتناولها، وقلنا استدامة القبض شرط لم يكف هذا التناول، وإن قلنا ليس بشرط، فقد حصل القبض، لأن الرهن حصل فى يده، والتعدى فى غيره لا يمنع صحة القبض كما لو رهنه ثوبًا فسلمه إليه مع ثوب غيره فتناولهما جميعًا، ولو رهنه ثوبًا فاشتبه عليه بغيره فسلم إليه أحدهما لم يثبت القبض، لأنه لا يعلم أنه أقبضه الرهن، فإن تبين أنه الرهن صح القبض، وإن سلم إليه الثوبين معًا حصل القبض، لأنه قد تسلم الرهن يقينًا.

فصل: ولو رهنه دارًا فخلى بينه وبينها - وهما فيها - ثم خرج الراهن صح القبض، وبه قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: لا يصح حتى يخلى بينه وبينها بعد خروجه منها، لأنه ما كان فى الدار فيده عليها، فما حصلت التخلية.

ولنا أن التخلية تصح بقوله مع التمكين منها وعدم المانع، أشبه ما لو كانا خارجين عنها، ولا يصح ما ذكره لأن خروج المرتهن منها لا يزيل يده عنها، ودخوله إلى دار غيره لا يثبت يده عليها، ولأنه بخروجه عنها محقق لقوله، فلا معنى لإعادة التخلية.

فــصل: ولا يصح رهن المجهـول، لأنه لا يصح بيعه، فلو قال: رهنتك هذا الجراب أو البيت أو الخريطة بمـا فيها لا يصح، لأنه مجـهول، وإن لم يقل: بما فيهـا صح رهنها للعلم بها، إلا أن يكون ذلك ممـا لا قيمة له، كالجراب الخلق ونحـوه ولو قال: رهنتك أحد هذين العبدين لم يصح، لعدم التـعيين، وفى الجملة: أنه يعتبر للعلم فى الرهن ما يـعتبر فى البيع، وكذلك القدرة على التسليم، فلا يصح رهن الآبق ولا الجمل الشارد ولا غير مملوك.

فــصل: ولو رهن عبدًا أو باعه يعتقده مغصوبًا فبان ملكه، مثل أن رهن عبد أبيه فبان أن أباه قد مـات وصار العـبد ملكه بالمـيراث، أو وكل إنسانـًا يشترى له عـبدًا من سـيده ثم إن الموكل باع العبد أو رهنه يعـتقده لسيده الأول فبان أن تصرفه بعـد شراء الوكيل له ونحو ذلك صح تصرفه، لأنه تصرف صدر من أهله وصادف ملـكه، فصح، كما لو علم، ويحتمل أن لا يصح، لأنه اعتقده باطلاً.

فــــصل: ولو رهن المبـيع فى مدة الخيار لم يصح، إلا أن يرهنه المشتـرى والخيار له وحده، فـيصح تصرفه، ويبطل خـياره، ذكره أبو بكر، وهو مـذهب الشافعى، وكذلك بيـعه وتصرفاته، ولو أفلس المشترى فرهن البائع عين ماله التى له الرجوع فيها لم يصح، لأنه رهن ما يملكه وكذلك لو رهن الأب العين التى وهبها لابنه قبل رجـوعه فيها لم يصح لما ذكرناه، وللشافعـى فى ذلك وجهان: **أحدهـما:** يصح، لأن له استرجاع العين فتـصرفه فيها يدل على رجوعه فيها.

فصل: وإن رهنه مالاً فى يد المرتهن: عارية أو وديعة أو غصبًا أو نحوه صح الرهن، لأنه مالك له يمكن قبضه، فصح رهنه، كـما لو كان فى يده، وظاهر كلام أحمد لزوم الرهن ههنا بنفس العقد من غير احتياج إلى أمر زائد فإنه قال: إذا حصلت الوديعة فى يده بعد الرهن فهو رهن، فلم يعتبر أمرًا زائدًا، وذلك لأن اليد ثابتة والقبض حاصل، وإنما يتغير الحكم لا غير، ويمكن تغير الحكم مع استدامة القبض كما أنه طولب بالوديعة فجحدها لتغير الحكم وصارت مضمـونة عليه من غيـر أمر زائد، ولو عاد الجاحـد فأقر بها، وقـال لصاحبها: خـذ وديعتك فقال: دعها عندك وديعة كـما كانت، ولا ضمان عليك فيها لتغيـر الحكم من غير حدوث أمر زائد، وقال القاضى، وأصـحاب الشافعى: لا يصير رهنًا حـتى تمضى مدة يتأتى قبضــه فيها، فإن كان منقولاً فبمضى مدة يمكن نقله فيها، وإن كـان مكيلاً فبمضى مدة يمكن اكتياله فيها، وإن كان غير منقـول فبمضى مدة التخلية، وإن كـان غائبًا عن المرتهن لم يصر مقـبوضًا حتى يوفيه هو أو وكيله ثم تمضى مدة يمكن قبضه فيها، لأن العقد يفتقر إلى القبض، والقبض إنما يحصل بفـعله أو بإمكانه، فيكفى ذلك ولا يحتـاج إلى وجود حقيـقة القبض، لأنه مقـبوض حقيقة، فإن تلف قبل مضى مدة يتأتى قبضه فـيها، فهو كتلف الرهن قبل قبضه، ثم هل يفتقر إلى الإذن من الرهن فى القبض؟ يحتمل وجهين: **أحدهما:** يفتقر، لأنه قبض يلزم به عقد غير

ولنا: أنه رهن مـا لا يملكه بغـير إذن المـالك ولا ولاية عليـه، فلم يصح كمـا لو رهن الزوج نصف الصداق قبل الدخول.

فــصل: ولو رهن ثمرة شجر يحـمل فى السنة حملين لا يتميز أحـدهما من الآخر فرهن الثمـرة الأولى إلى محل تحدث الثانيـة على وجه لا يتميـز فالرهن باطل، لأنه مـجهول حـين حلول الحق فلا يمكن استيفاء الدين منه فلم يصح، كما لو كان مجهولاً حين العقد، وكما لو رهنه إياها بعد اشـتباهها، فـإن شرط قطع الأولى إذا خيف اختـلاطها بالثانية صـح، فإن كان الحمل المرهون بحق حال وكانت الثمرة الثانية تتميز من الأولى إذا حدثت، فالرهن صحيح، فإن وقع التوانى فى قطع الأولى حتى اختلطت بالثانية وتعذر التمييز لم يبطل الرهن، لأنه وقع صحيحًا، وقد اختلط بغيـره على وجه لا يمكن فصله، فعلى هذا إن سمح الراهن بكون الثمرة رهنًا أو اتفقا على المـرهون منهما فحسن، وإن اخـتلفا فالقول قول الـراهن مع يمينه فى قدر الرهن، لأنه منكر للقدر الزائد والقول قول المنكر.

فصل: ولو رهنه منافع داره شهراً لم يصح، لأن مقصود الراهن استيفاء الدين من ثمنه، والمنافع تهلك إلى حلول الـحق، وإن رهنه أجرة داره شـهرًا لم يصح لأنهـا مجـهولة وغـير مملوكة.

فصل: ولو رهن المكاتب من يعتق عليه لم يصح، لأنه لا يملك بيعه وأجازه أبو حنيفة،

لازم، فلم يحصل بغير إذن كما لو كـان فى يد الراهن، وإقراره فى يده لا يكفى، كما لو أقر المغصوب فى يد غـاصبه مع إمكان أخذه منه، **والثـانى:** لا يفتقـر، لأن إقراره فى يده بمنزلة إذنه فى القبض، فإن أذن له فى القبض ثم رجع عنه قبل مضى مـدة يتأتى القبض فيها لم يلزم الرهن حتى يعود فيأذن ثم تمضى مدة يقبضه فى مثلها.

فــصل: وإذا رهنه المضمون على المـرتهن كالمغصوب والعارية والمـقبوض على وجه السوم أو فى بيع فـاسد صح، وزال الضـمان، وبه قال مالك وأبو حنيفـة، وقال الشافعى: لا يزول الضمـان، ويثبت حكم الرهن، والحكم الذى كان ثابتًـا فيه يبـقى بحاله، لأنه لا تنافى بينهما بدليل أنه لو تعـدى فى الرهن صار مضمونًا، وهو رهن كمـا كان فكذلك ابتداؤه، لأنه أحد حالتى الرهن.

ولنا أنه مأذون له فى إمساكه رهنًا لم يتجدد فيـه منه عدوان، فلم يضمنه كما لو قبضه منه ثم أقبـضه إياه أو أبرأه من ضمـانه، وقولهم لا تنافى بينهمـا ممنوع، فإن الغـاصب يده عادية يجب عليه إزالتها ويد المـرتهن محققه جعلها الشـرع له ويد المرتهن يد أمانة، ويد الغاصب والمستـعير ونحوهما يـد ضامنة، وهذان متنافيان، ولأن السـبب المقتضى للضـمان زال فزال الضـمـان لزواله، كـما لو رده إلـى مالكه، وذلـك لأن سبب الـضمـان الغـصب أو العـارية ونحوهما، وهذا لم يبق غاصـبًا ولا مستعيراً، ولا يبقى الحكم مع زوال سـببه وحدوث سبب

لأنهم لا يدخلون معه فى الكتابة ولو رهن العبد المأذون من يعتق على السيد لم يصح، لأن ما فى يده ملك لسيده، فقد صار حرّا بشرائه إياه.

فصل: ولو رهن الوارث تركة الميت أو باعها وعلى الميت دين صح فى أحد الوجهين، وقال أصحاب الشافعى: لا يصح إذا كان على الميت دين يستغرق التركة لأنه تعلق به حق آدمى، فلم يصح رهنه كالمرهون.

ولنا: أنه تصرف صادف ملكه ولم يعلق به حقّا، فصح، كما لو رهن المرتد وفارق المرهون، لأن الحق تعلق به باختياره، فأما فى مسألتنا فالحق تعلق به بغى اختياره، فلم يمنع تصرفه، وهكذا كل حق ثبت من غير إثباته كالزكاة والجناية، فلا يمنع رهنه، فإذا رهنه ثم قضى الحق من غيره فالرهن بحاله، وإن لم يقض الحق فللغرماء انتزاعه لأن حقهم أسبق، والحكم فيه كالحكم فى الجانى وهكذا الحكم لو تصرف فى التركة ثم رد عليه مبيع باعه الميت بعيب ظهر فيه، أو حق تجدد تعلقه بالتركة، مثل أن وقع إنسان أو بهيمة فى بئر حفره فى غير ملكه بعد موته فالحكم واحد، وهو أن تصرفه صحيح غير نافذ، فإن قضى الحق من غيره نفذ وإلا فسخ البيع والرهن.

فصل: قال القاضى: **لا يصح رهن العبد المسلم لكافر**، واختار أبو الخطاب صحة رهنه إذا شرطا كونه على يد مسلم ويبيعه الحاكم إذا امتنع مالكه، وهذا أولى، لأن مقصود الرهن يحصل من غير ضرر.

يخالف حكمه حكمه، وأما إذا تعدى فى الرهن فإنه يلزمه الضمان لعدوانه، لا لكونه غاصبًا ولا مستعيرًا، وههنا قد زال سبب الضمان، ولم يحدث ما يوجبه فلم يثبت.

فصل: وإذا رهنه عينين فتلفت إحداهما قبل قبضهما انفسخ العقد فيها دون الباقية، لأن العقد كان صحيحًا فيهما، وإنما طرأ انفساخ العقد فى إحداهما، فلم يؤثر فى الأخرى كما لو اشترى شيئين فرد أحدهما بعيب أو غيره، والراهن مخير بين إقباض الباقية وبين منعها، إذا قلنا: إن الرهن لا يلزم إلا بالقبض، فإن كان التلف بعد قبض الأخرى لزم الرهن فيها، فإن كان الرهن مشروطًا فى بيع ثبت للبائع الخيار لتعذر الرهن بكماله، فإن رضى لم يكن له المطالبة ببدل التالفة، لأن الرهن لم يلزم فيها وتكون المقبوضة رهنًا بجميع الثمن، فإن تلفت إحدى العينين بعد القبض فلا خيار للبائع، لأن الرهن لو تلف كله، لم يثبت للبائع خيار فإذا تلف بعضه كان أولى، ثم إن كان تلفها بعد قبض العين الأخرى فقد لزم الرهن فيها، وإن كان قبل قبض الأخرى فالراهن مخير بين إقباضها وبين تركه، فإن امتنع من تقبيضها ثبت للبائع الخيار، كما لو لم تتلف الأخرى.

فصل: فإذا رهنه دارًا فانهدمت قبل قبضها لم ينفسخ عقد الرهن، لأن ماليتها لم تذهب بالكلية فإن عرصتها وأنقاضها باقية، ويثبت للمرتهن الخيار إن كان الرهن مشروطًا فى بيع

٧٨٦- **مسألة:** قال: (وإذا قبض الرهن من تشارطا أن يكون على يديه صار مقبوضًا).

وجملته: أن المتراهنين إذا شرطا كون الرهن على يدى رجل رضيا به واتفقا عليه جاز، وكان وكيلاً للمرتهن نائبًا عنه فى القبض، فمتى قبضه صح قبضه فى قول جماعة الفقهاء، منهم: عطاء وعمرو بن دينار والثورى وابن المبارك والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى، وقال الحكم والحارث العكلى وقتادة وابن أبى ليلى: لا يكون مقبوضًا بذلك، لأن القبض من تمام العقد، فتعلق بأحد المتعاقدين كالإيجاب والقبول.

ولنا: أنه قبض فى عقد، فجاز فيه التوكيل كسائر القبوض، وفارق القبول، لأن الإيجاب إذا كان لشخص كان القبول منه، لأنه يخاطب به ولو وكل فى الإيجاب والقبول قبل أن يوجب له صح أيضًا، وما ذكروه ينتقض بالقبض فى البيع فيما يعتبر القبض فيه، إذا ثبت هذا فإنه يجوز أن يجعلا الرهن على يدى من يجوز توكيله، وهو الجائز التصرف، مسلمًا كان أو كافرًا، عدلاً أو فاسقًا، ذكرًا أو أنثى ولا يجوز أن يكون صبيًا، لأنه غير جائز التصرف مطلقًا، فإن فعلا كان قبضه وعدم القبض واحدًا، ولا عبدًا بغير إذن سيده، لأن منافع العبد لسيده، فلا يجوز تضييعها فى الحفظ بغير إذن، فإن أذن له السيد جاز، وأما المكاتب فإن كان بجعل جاز، لأن له الكسب، وبذل منافعه بغير إذن السيد، وإن كان بغير جعل لم يجز، لأنه ليس له التبرع بمنافعه.

لتعيبها، ونقص قيمتها، **فإن قيل:** فلم لا ينفسخ عقد الرهن كعقد الإجارة؟ **قلنا:** الإجارة عقد على منفعة السكنى، وقد تعذرت وعدمت فبطل العقد لعدم المعقود عليه، والرهن عقد استيثاق يتعلق بالأعيان التى فيها المالية، وهى باقية فعلى هذا تكون العرصة والأنقاض من الخشب والأحجار ونحوها من الرهن، لأن العقد وارد على جميع الأعيان والأنقاض منها، وما دخل فى العقد استقر بالقبض.

فصل: ويجوز للمرتهن أن يوكل فى قبض الرهن، ويقوم قبض وكيله مقام قبضه فى لزوم الرهن وسائر أحكامه فإن وكل المرتهن الراهن فى قبض الرهن له من نفسه لم يصح، ولم يكن قبضًا، لأن الرهن وثيقة يستوفى الحق منه عند تعذر استيفائه من الراهن، فإذا كان فى يد الراهن لم يحصل معنى الوثيقة، وقد ذكرنا فى البيع أن المشترى لو دفع إلى البائع وعاء، وقال: كل لى حقى ففعل كان قبضًا، فيخرج ههنا مثله.

فصل: إذا أقر الراهن بتقبيض الرهن أو أقر المرتهن بقبضه كان مقبولاً فيما يمكن صدقهما فيه، فإن أقر الراهن بالتقبيض ثم أنكر، وقال: أقررت بذلك، ولم أكن أقبضت شيئًا أو أقر المرتهن بالقبض ثم أنكره، فالقول قول المقر له، فإن طلب المنكر يمينه، ففيه وجهان **أحدهما:** لا يلزمه يمين، لأن الإقرار أقوى من البينة، ولو قامت البينة بذلك وطلب المشهود عليه يمين خصمه لم يجب إليها، فكذلك الإقرار، **والثانى:** يلزمه اليمين، وهو قول الشافعى،

فـصل: فإن جعلا الرهن فى يد عدلين جاز، ولهما إمساكه، ولا يجوز لأحدهما الانفراد بحفظه، وإن سلمه أحدهم إلى الآخر فعليه ضمان النصف، لأنه القدر الذى تعدى فيه، وهذا أحد الوجهـين لأصحاب الشافعى، وفى الآخـر إذا رضى أحدهما بإمساك الآخـر جاز، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: إن كان ممـا ينقسم اقتسماه، وإلا فلكل واحد منهما إمساك جـميعه، لأن اجتـماعهما على حفظـه يشق عليهما، فحـمل الأمر على أن لكل واحد منهما الحفظ.

ولنا: أن المتراهنين لم يرضيا إلا بحفظهمـا فلم يجز لأحدهما الانفراد بذلك، كالوصيين لا ينفرد أحدهما بالتصرف، وقولهم: إن الاجـتماع على الحفظ يشق ليس كذلك، فإنه يمكن جعله فى مخزن لكل واحد منهما عليه قفل.

فـــصل: وما دام العدل بحـاله لم يتغير عن الأمانة ولا حدثت بينه وبين أحـدهما عداوة فليس لأحدهمـا ولا للحاكم نقل الرهن عن يده، لأنهما رضيا به فى الابتداء، وإن اتفقا على نقله جاز، لأن الحق لهما لم يعدهما وكذلك لو كان الرهن فى يد المرتهن فلم يتغير حاله لم يكن للراهن ولا للحاكم نقله عن يده، وإن تغيرت حـال العدل بفسق، أو ضعف عن الحفظ، أو حدثت عداوة بينه وبينـهما أو بين أحدهما فلمن طلب نقله عـن يده ذلك، ويضعانه فى يد من يتفـقان عليه، فـإن اختلفا وضعـه الحاكم على يد عدل وإن اخـتلفا فى تغيـر حاله بحث الحاكم وعمل بما يظهـر له، وهكذا لو كان فى يد المرتهن فتغيرت حـاله فى الثقة والحفظ، فللراهن رفعه عن يده إلى الحـاكم ليضعه فى يد عدل، وإذا ادعى الراهن تغيـر حال المرتهن فأنكر بحث الحاكم عن ذلك وعمل بما بان له، وإن مـات العدل أو المرتهن لم يكن لورثتهما إمسـاكه إلا بتراضـيهما، فـإن اتفقا علـى عدل يضعانه عـلى يده فلهما ذلك لأن الحق لهـما

وهو أولى، لأن العادة جارية بأن الإنسـان يشهد على نفسه بالقبض قـبله فكذلك تسمع دعواه ويلزم خصمه اليمين لما ذكرنا من حكم العـادة بخلاف البينة، فإنها لا تشهد إلا بالحق قبله، ولو فعلت ذلك لم تكن عادلة، وقال القاضى: إن كان المقر غائبًا، فقال: أقررت، لأن وكيلى كتب إلى بذلك ثم بان لى خـلافه سمعنا قوله وأحلفنا خـصمه، وإن أقر باشـر ذلك بنفسه ثم عاد فأكذب نفســه لم يحلف خصمه، وهذا قول بعض أصحاب الشافـعى، فأما إن اختلفا فى القبض، فقـال المرتهن: قبضتـه وأنكر الراهن فالقول قول صـاحب اليد، لأنه إن كان فى يد الراهن فالأصل مـعه ـ وهو عدم الإقبـاض ـ ولم يوجد ما يدل على خلافـه، وإن كان فى يد المرتهن فقد وجد القبض، لكونه لا يحصل فى يده إلا بعد قبضه وإن اختلفا فى الإذن، فقال الراهن: أخذته بغير إذنى، قال: بل بإذنك وهو فى يد المرتهن فالقول قوله، لأن الظاهر معه، فإن الـعقد قـد وجد، ويده تـدل على أنه بحق، ويحتـمل أن يكون القول قـول الراهن، لأن الأصل عدم الإذن، وهذا مذهب الشافعى، ذكر القاضى هذين الوجهين.

فيفوض أمره إليهما، فـإن اختلف الراهن والمرتهن عند موت العدل، أو اختلف الراهن وورثة المرتهن رفـعا الأمـر إلى الحاكم ليضـعه على يد عـدل، وإن كان الرهن فى يد اثنين فـمات أحدهما أو تغيرت حاله بفسق أو ضعف عن الحفظ، أو عداوة بين أحد المتراهنين أقيم مقامه عدل ينضم إلى العدل الآخر، فيحفظان معًا.

فـصل: ولو أراد العدل رده عليهما فله ذلك، وعليـهما قبوله، وبهذا قال الشافعى، لأنه أمين متطوع بالحـفظ، فلا يلزمه المقـام عليه، فإن امتنعا أجـبرهما الحاكم، فإن تغـيبا نصب الحاكم أمينًا بقبضه لهما، لأن للحاكم ولاية على الممتنع من الحق الذى عليه، ولو دفعه إلى الأمين من غيـر امتناعهما ضـمن وضمن الحاكم لأنه لا ولاية له على غير المـمتنع، وكذا لو تركه العدل عند آخر مع وجودهمـا ضمن وضمن القابض، وإن امتنعا ولم يجد حاكـمًا فتركه عند عدل آخـر لم يضمن، وإن امتنع أحـدهما لم يكن له دفعـه إلى الآخر، فإن فـعل ضمن والفرق بينهمـا: أن أحدهما يمسكه لنفسه والعـدل يمسكه لهما، هذا فيمـا إذا كان حاضرين، فأما إذا كانا غائبين نظرت، فإن كان للعـدل عذر من مرض أو سفر أو نحوه رفعه إلى الحاكم فقبضـه منه، أو نصب له عدلاً يقبضه لهمـا، فإن لم يجد حاكمًا أودعـه عند نفسه، وليس له دفعـه إلى ثقة يودعه عنده مع وجـود الحاكم، فإن فـعل ضمن، فإن لم يكن له عـذر وكانت الغيبة بعيدة إلى مسافة القصر قبـضه الحاكم منه فإن لم يجد حاكمًا دفعه إلى عدل، وإن كانت الغيـبة دون مسافـة القصر فـهو كما لو كـانا حاضرين، لأن مـا دون مسافة القـصر فى حكم الإقامة، وإن كان أحدهمـا حاضراً والآخر غائبًا فحكمهما حـكم الغائبين، وليس له دفعه إلى الحاضر منهما، وفى جميع هذه الأقسام متى دفعه إلى أحدهما لزمه رده إلى يده وإن لم يفعل فعليه ضمان حق الآخر.

فـصل: إذا كان الرهن على يد عدل وشرطا له أن يـبيعه عند حلول الحق صح، ويصح بيعه، وبه قال أبو حنيفة ومالك والشـافعى، فإن عزل الراهن العدل عن البيع صح عزله، ولم يملك البيع، وبهـذا قال الشافـعى وقال أبو حنيفة ومـالك لا ينعزل: لأن وكالتـه صارت من حقوق الرهن فلم يكن لـلراهن إسقاطه كسائر حـقوقه وقال ابن أبى موسى: ويتـوجه لنا مثل ذلك، فإن أحمد قد منع الحيلة فى غير موضع من كتبه، وهذا يفتح باب الحيلة للراهن، فإنه يشتـرط ذلك للمرتهن ليجـيبه إليه، ثم يعـزله، والأول هو المنصوص عنه، لأن الوكالة عـقد جائز فلم يلزم المقام عليها كسائر الـوكالات، وكونه من حقوق الراهن لا يمنع من جوازه كما لو شرطا الرهن فى البيع فإنه لا يصير لازمًا وكذلك لو مات الراهن بعد الإذن انفسخت الوكالة وقياس المذهب أنه مـتى عزله عن البيع فللمرتهن فسخ البيع الذى حـصل الرهن بثمنه كما لو امتنع الراهن من تسليم الرهن المشروط فى البيع، فأمـا إن عزله المرتهن فلا ينعزل لأن العدل وكيل الراهن إذ الرهن ملكه ولو انفرد بتـوكيله صح فلم ينعزل بعزل غيره لـكن لا يجوز بيعه بغير إذنه وهكذا لو لم يعزلاه فـحل الحق لم يبعه حتى يستأذن المـرتهن، لأن البيع لحقه فلم

يجز حتى يأذن فيه ولا يحتاج إلى تجديد إذن من الراهن فى ظاهر كلام أحمد، لأن الإذن قد وجد مرة فيكفى كما فى الوكالة فى سائر الحقوق، وذكر القاضى وجهًا آخر أنه يحتاج إلى تجديد إذن لأنه يكون له غرض فى قضاء الحق من غيره والأول أولى فإن الإذن كاف ما لم يغير والغرض لا اعتبار به مع صريح الإذن بخلافه بدليل ما لو جدد الإذن له، بخلاف المرتهن فإن المبيع يفتقر إلى مطالبته بالحق ومذهب الشافعى نحو من هذا.

فصل: ولو أتلف الرهن فى يد العدل أجنبى فعلى الجانى قيمته تكون رهنًا فى يده، وله المطالبة بها لأنها بدل الرهن وقائمة مقامه وله إمساك الرهن وحفظه فإن كان المتراهنان أذنا له فى بيع الرهن، فقال القاضى: قياس المذهب أن له بيع قيمته لأن له بيع نماء الرهن تبعًا للأصل فالقيمة أولى، وقال أصحاب الشافعى ليس له ذلك لأنه متصرف بالإذن فلا يملك بيع ما لم يؤذن له فى بيعه والمأذون فى بيعه قد تلف وقيمته غيره وللقاضى أن يقول إنه قد أذن له فى بيع الرهن والقيمة رهن يثبت لها حكم الأصل من كونه يملك المطالبة بها وإمساكها واستيفاء دينه من ثمنها فكذلك بيعها فإن كانت القيمة من جنس الدين وقد أذن له فى وفائه من ثمن الرهن ملك إيفاءه من القيمة لأنها بدل الرهن من جنس الدين فأشبهت ثمن البيع.

فصل: وإذا أذنا للعدل فى البيع وعينا له نقدًا لم يجز له أن يخالفهما، وإن اختلفا فقال أحدهما: بعه بدراهم وقال الآخر: بدنانير لم يقبل قول واحد منهما لأن لكل واحد منهما فيه حقًا للراهن ملك اليمين وللمرتهن حق الوثيقة واستيفاء حقه ويرفع الأمر إلى الحاكم فيأمر من يبيعه بنقد البلد سواء كان من جنس الحق أو من غير جنسه وافق قول أحدهما أو لم يوافق لأنه الحظ فى ذلك والأولى أن يبيعه بما يرى الحظ فيه، فإن كان فى البلد نقدان باعه بأغلبهما فإن تساويا فقال القاضى: يبيع بما يؤديه اجتهاده إليه وهو قول الشافعى، لأنه الأحظ والغرض من تحصيل الحظ فإن تساويا باع بجنس الدين، فإن لم يكن فيها جنس الدين عين له الحاكم ما يبيعه به، وحكمه حكم الوكيل فى وجوب الاحتياط والمنع من البيع بدون ثمن المثل، ومن البيع نساء متى خالف لزمه ما يلزم الوكيل المخالف، وذكر فى البيع نساء رواية أخرى: أنه يجوز بناء على الوكيل ولا يصح، لأن البيع ههنا لإيفاء دين حال يجب تعجيله، والبيع نساء يمنع ذلك، وكذا نقول فى الوكيل متى وجدت فى حقه قرينة دالة على منع البيع نساء لم يجز له ذلك؛ وإنما الروايتان فيه عند انتفاء القرائن وكل موضع حكمنا بأن البيع باطل وجب رد المبيع إن كان باقيًا، فإن تعذر فللمرتهن تضمين من شاء من العدل، والمشترى بأقل الأمرين من قيمة الرهن أو قدر الدين لأنه يقبض قيمة الرهن مستوفيًا لحقه لا رهنًا، فلذلك لم يكن له أن يقبض أكثر من دينه، وما بقى من قيمة الرهن للراهن، يرجع به على من شاء منهما، وإن استوفى دينه من الرهن رجع الراهن بقيمته على من شاء منهما، وإن استوفى دينه من الرهن رجع الراهن بقيمته على من شاء منهما ومتى ضمن المشترى لم يرجع على أحد، لأن العين تلفت فى يده، وإن ضمن العدل رجع على المشترى.

فـصل: ومتى قَدَّرا له ثمنًا لم يجز له بيعه بدونه، وإن أطلقا فله بيعه بثمن مثله، أو زيادة عليه، وبهذا قـال الشافعى، وقال أبو حنيـفة: له بيعه، ولو بدراهم والكلام مـعه فى الوكالة، فإن أطلقا فبـاع بأقل من ثمن المثل مما يتغابن الناس بـه صح، ولا ضمان عليه، لأن ذلك لا يضبط غـالبًا وإن كان النقص مـما لا يتغـابن الناس به، أو باع بأنقص مما قـررا له صح البيع وضمن النقص كله ذكره أصحابنا، والأولى أنه لا يصح البـيع، لأنه بيع لم يؤذن له فيه فأشبه ما لو خالف فى النقد.

فـصل: وإذا باع العدل الرهن بإذنهما وقبض الثمن فـتلف فى يده من غير تعد فلا ضمان عليه لأنـه أمين، فهو كالوكيل، ولا نعلم فى هذا خلافًا ويكون من ضمان الراهن، وبهذا قال الشافعى؛ وقال أبو حنيفة ومالك من ضمان المرتهن لأن البيع لأجله.

ولنا: أنه وكيل الراهن فى البـيع والثمن ملكه وهو أمين له فى قبضـه، فإذا تلف كان من ضمان موكله كـسائر الأمناء، وإن ادعى التلف فالقول قوله مع يمينه، لأنه أمـين ويتعذر عليه إقامـة البينة على ذلك، وإن كلفناه البـينة، شق عليه، وربمـا أدى إلى أن لا يدخل الناس فى الأمانات، فإن خالفاه فى قـبض الثمن فقالا ما قبضه من المشتـرى وادعى ذلك ففيه وجهان: أحدهـما: القول قوله لأنه أمين، والآخـر: لا يقبل، لأن هذا إبراء للمشترى من الثمن، فلا يقبل قوله فيه كما لو أبرأه من غير الثمن، وإن خـرج المبيع مستحقًا فالعهدة على الراهن دون العدل، إذا كان قد أعلم المـشترى أنه وكيل، وكذلك كل وكيل باع مـال غيره، وهذا مذهب الشافعى، وقـال أبو حنيفة: العهدة على الوكـيل والكلام معه فى الوكالة، فإن علم المـشترى بعد تلف الثمن فى يد العدل رجع على الراهن ولا شىء على العدل، فإن قيل: فلم لا يرجع المشترى على العدل لأنه قبض الثمن بغير حق؟ قلنا: لأنه سلمه إليه على أنه أمين فى قبضه يسلمه إلى المرتهن، فلذلك لم يجب الضـمان عليه، فأما المرتهن فـقد بان له أن عقد الرهن كان فاسدًا، فإن كان مشروطًا فى بيع ثبت له الخيار فيه وإلا سقط حقه فإن كان الراهن مفلسًا حيًا أو ميـتًا كان المرتهن والمشترى أسـوة الغرماء لأنهم متساوون فى ثبـوت حقهم فى الذمة فاسـتووا فى قسمـة ماله بينهم، فـأما إن خرج مسـتحقـًا بعدما دفع الثـمن إلى المرتهن رجع المشترى على المـرتهن، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفـة: يرجع على العدل على أيهما شاء من الراهن والمرتهن.

ولنا: أن عين ماله صار إلى المرتهن بغير حق فكان رجوعـه عليه كما لو قبضه منه، فأما إن كان المشترى رده بعيب لم يرجـع على المرتهن، لأنه قبض الثمن بحق، ولا على العدل، لأنه أمين ووكيل، ويرجع على الراهن وإن كـان العدل حين باعه لم يعلم المشـترى أنه وكيل كان للمشـترى الرجوع عليه، ويرجع هو على الراهن إن أقـر بذلك أو قامت به بينة، وإن أنكر ذلك، فالقول قول العدل مع يمينه، فإن نكل عن اليمين فقضى عليه بالنكول، أو ردت اليمين على المشترى فحلف ورجع على العدل لم يرجع العدل على الراهن لأنه يقر أنه ظلمه، وعلى

قول الخـرقى القول فى حـدوث العيب قول المـشتـرى مع يمينه، وهو إحدى الـروايتين عن أحمـد، فإذا حلف المشـترى رجع على العـدل، ورجع العدل على الراهن، وإن تلف العـبد المبيع فى يـد المشترى ثم بان مسـتحقًا قبل وزن ثـمنه فللمغصوب منه تضـمين من شاء من الغاصب والعدل والمرتهن، ويستقـر الضمان على المشترى، لأن التلف فى يده، هذا إذا علم بالغصب، وإن لم يكن عالمًا فهل يستقر الضمان عليه أو على الغاصب؟ على روايتين.

فصل: فإن ادعى العدل دفع الثمن إلى المرتهن فأنكر، فقال القاضى وأبو الخطاب: يقبل قوله فى حق الراهن ولا يقبل فى حق المرتهن، وهو مذهب الشافعى، لأن العدل وكيل الراهن فى دفع الدين إلى المرتهن وليس بوكيل للمرتهن فى ذلك إنما هو وكيله فى الحفظ فقط، فلم يقبل قوله عليه فـيما ليس بوكيل له فيه كما لو وكل رجلاً فى قـضاء دين فادعى أنه سلمه إلى صاحب الدين، وقال الشريـف أبو جعفر وأبو الخطاب فى رءوس مسائلهمـا: يقبل قوله على المرتهن فى إسقاط الضمان عن نفسه، ولا يقـبل فى إيجاب الضمان على غيره، وهذا مذهب أبى حنيفة لأنه أمين فقبل قوله فى إسقاط الضـمان عن نفسه كالمدعى يدعى رد الوديعة فعلى هذا: إذا حلف العدل له سـقط الضمـان عنه ولم يثبت عن المرتهـن أنه قبضـه، وعلى القول الأول يحلف المرتهن ويرجع على من شاء منهمـا، فإن رجع على العدل لم يرجع العدل على الراهن، لأنه يقول ظلـمنى وأخذ منى بغيـر حق، فلم يرجع على الراهن كمـا لو غصبـه مالاً آخر، فإن رجع على الراهن فهل يرجع الراهن على العدل؟ نظرت، فإن كان دفعه إلى المرتهن بحضرة الراهن أو ببينة فماتت أو غـابت، لم يرجع عليه لأنه أمين ولم يفرط فى القضاء، وإن دفعه إليه ببينة فى غيـبة الراهن ففيه روايتان: **إحداهـما:** يرجع الراهن عليه، لأنه مـفرط فى القضاء بغير بينة فلزمه الضمان كـما لو تلف الرهن بتفريطه، ويحتمل أن يكون هذا معنى قول الخرقى، ومن أمـر رجلان أن يدفع إلى رجل مالاً وادعى أنه دفـعه إليه، لم يقـبل قوله على الآمر إلا ببينة، **والرواية الثـانية:** لا يرجع الراهن عليه، لأنه أمين فى حقه، سواء صدقه فى القضاء أو كذبه، إلا أنه إن كذبه فله عليه اليمين.

فصل: إذا غصب المرتهن الرهن من العدل ثم رده إليه زال عنه الضمان، ولو كان الرهن فى يد المـرتهن فتـعدى فيـه ثم أزال التعـدى أو سافـر به ثم رده لم يزل عنه الضـمان، لأن استئمانه زال بذلك، فلم يفسد بفعله مع بقائه فى يده بخلاف التى قبلها، فإن رده إلى يد نائب مالكها فأشبه ما لو ردها إلى مالكها.

فـصل: وإذا استقرض ذمى من مـسلم مالاً ورهنه خمرًا لم يصح، سواء جـعله على يد ذمى أو غيره فإن باعهـا الراهن أو نائبه الذمى وجاء المقرض بثمنها لزمـه قبوله، فإن أتى قيل له: إما أن تقبض وإما أن تبـرئ، لأن أهل الذمة إذا تقابضوا فى العقود الفاسـدة جرت مجرى الصحيحة، قـال عمر رضي الله عنه فى أهل الذمة معهم الخمر ولّوهم بيعـها وخذوا من أثمانها، وإن

جعلها على يد مسلم فباعها لم يجبـر المرتهن على قبول الثمن، لأن ذلك البيع فاسد لا يُقَرَّان عليه، ولا حكم له.

٧٨٧- **مسألة:** قال: **(ولا يرهن مال من أوصى إليه بحفظ ماله إلا من ثقة)**.

وجملته: أن ولى اليتيم ليس له رهن ماله إلا عند ثقة يودعـه ماله عنده لئلا يجحده أو يفرط فيه فيضيـع، قال القاضى: ليس لوليه رهن ماله إلا بشرطين: **أحدهما:** أن يكون عـند ثقـة، **الثانى:** أن يكون له فيه حظ، وهو أن يكون به حاجة إلى نفـقة أو كسوة أو إنفاق على عقاره المتهدم أو أرضه أو بهائمـه ونحو ذلك، وماله غائب يتوقع وروده أو ثمرة ينتظرها أو له دين مؤجل يحل أو متاع كـاسد يرجو نفاقه، فيجوز لوليـه الاقتراض ورهن ماله، وإن لم يكن له شيء ينتظره فلا حظ له فى الاقتراض فيبيع شيـئًا من أصول ماله ويصرفه فى نفقته، وإن لم يجد من يقرضه ووجد من يبيعه نسيئـة وكان أحظ من بيع أصوله جاز أن يشتريه نسيئة ويرهن به شيئًـا من ماله والوصى والحاكم وأمينه فى هذا سـواء، وكذلك الأب إلا أن للأب أن يرهن من نفسه لولده ولنفسه من ولده، ومن عداه بخلافه على إحدى الروايتين.

فصل: فأما أخذ الرهن بمال اليتيم فيكون فى بيع أو قرض، وقد ذكرنا القرض فى باب المصراة وفى البيع ثلاث مسائل: **إحـداهن:** أن يبيع ما يساوى مائة نقدًا بمائة أو دونها نسيئة ويأخذها رهنًا فـهذا بيع فاسـد، لأن بيعه نقـدًا أحوط وكذلك لو جـعل بعض الثمن نسيـئة، **الثـانيـة:** أن يبيعه بمائة نقـدًا وعشرين نسيئة يأخذ بها رهنًا فهـذا جائز لأنه لو باعه بمائة نقدًا جاز، فإذا زاد عليها فقـد زاده خيرًا سواء قلت الزيادة أو كثرت، **الثالـثة:** باعه بمائـة وعشرين نسيئة وأخذ بها رهنًا فهذا جائز أيضًا، ذكره القاضى وهو قول أصحاب الشافعى، وقال بعضهم لا يجوز، لأنه تغرير بماله وبيع النقد أحوط له.

ولنا: أن هذا عادة التـجار، وقد أمرناه بالتـجارة وطلب الربح، وهذا من جهاته والتـغرير يزول بالرهن.

فـصل: وحكم المكاتب فيما ذكرناه حكم ولى اليتيم له أن يتـصرف فيما فى يديه فيما له فيـه الحظ، فأما المأذون فإن دفع له سيده مالاً يتجر فيه أو لم يدفع إليه، فقال القاضى: ليس له التصـرف بالنسيئـة، لأن ديونه تتعلق بذمة السـيد فيـتضرر بذلك، لأن الدين غـرر بخلاف المكاتب.

فـصل: ولو كان مال اليتيم رهنًا فاستعاده الوصى لليتيم جاز وإن استعاده لنفسه لم يجز، لأنه لا يملك التصرف فى مال اليتيم لنفسه وعليه الضمان لأنه قبضه على وجه ليس له قبضه، وإن فكه بمال اليتيم وأطلق فهو لليتيم وإن فكه بمـال نفسه وأطلق فالظاهر أنه استعاده لنفسه، فإن قال: استعـدته لليتيم قبل قوله، وإن تلف قبل ذلك ضمنه، وإن قال: استـعدته لليتيم بعد هلاكه أو هلاك بعضـه لم يقبل قوله لأننا حكمنا بالضمـان ظاهرًا فلا يزول بقوله، والأولى أن يقبل قوله لأنه أمين وهو أعلم بنيته فيقبل قوله فيها كما قبل التلف.

فصل: ولو رهن الوصى أو الحاكم مال اليتيم عند مكاتبه، أو ولده الكبير صح، لأنه لا ولاية له عليهما.

فصل: ولو أوصى إلى رجل بقضاء دينه فرهن شيئًا من تركته عند الغريم أو غيره ضمن، لأنه لم يؤذن له فى رهنها فضمن كما لو لم يوص إليه بقضاء دينه.

٧٨٨- **مسألة:** قال: **(وإذا قضاه بعض الحق كان الرهن بحاله على ما بقى).**

وجملة ذلك: أن حق الوثيقة يتعلق بالرهن جميعه، فيصير محبوسًا بكل الحق وبكل جزء منه لا ينفك منه شىء حتى يقضى جميع الدين، سواء كان مما يمكن قسمته أو لا يمكن، قال ابن المنذر(٩): أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن من رهن شيئًا بمال فأدى بعض المال، وأراد إخراج بعض الرهن، أن ذلك ليس له ولا يخرج شىء حتى يوفيه آخر حقه، أو يبرئه من ذلك، كذلك قال مالك والثورى والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى، لأن الرهن وثيقة بحق فلا يزول إلا بزوال جميعه كالضمان والشهادة.

٧٨٩- **مسألة:** قال: **(وإذا أعتق الراهن عبده المرهون فقد صار حرّا، ويؤخذ إن كان له مال بقيمة المعتق فيكون رهنًا).**

وجملة ذلك: أنه ليس للراهن عتق الرهن، لأنه يبطل حق المرتهن من الوثيقة فإن أعتق نفذ عتقه موسرًا كان أو معسرًا، نص عليه أحمد وبه قال شريك والحسن بن صالح وأصحاب الرأى والشافعى فى أحد أقواله، إلا أن أبا حنيفة قال: يستسعى العبد فى قيمته إن كان المعتق معسرًا، وعن أحمد رواية أخرى: لا ينفذ عتق المعسر، ذكرها الشريف أبو جعفر، وهو قول مالك، والقول الثانى للشافعى لأن عتقه يسقط حق المرتهن من الوثيقة، من عين الرهن وبدلها فلم ينفذ، لما فيه من الإضرار بالمرتهن ولأنه عتق يبطل حق غير المالك فنفذ من الموسر دون المعسر كعتق شرك له من عبد، وقال عطاء والبتّى وأبو ثور: لا ينفذ عتق الراهن موسرًا كان أو معسرًا، وهو القول الثالث للشافعى، لأنه معنى يبطل حد الوثيقة من الرهن فلم ينفذ كالبيع.

14- **مسألة: (وتصرف الراهن فى الرهن لا يصح إلا العتق، فإنه يصح ويؤخذ منه قيمته فيجعل رهنًا مكانه، وعنه لا ينفذ عتق المعسر).**

إذا تصرف الراهن بغير رضى المرتهن بغير العتق كالبيع والهبة والوقف والرهن ونحوه فتصرفه باطل، لأنه تصرف يبطل حق المرتهن من الوثيقة غير مبنى على التغليب والسراية فلم يصح بغير إذن المرتهن كفسخ الرهن، وفى الوقف وجه آخر أنه يصح، لأنه يلزم لحق الله تعالى أشبه العتق، والصحيح الأول، لأنه تصرف لا يسرى إلى ملك كغير، فلم يصح كالهبة، فإن أذن فيه صح وبطل الرهن إلا أن يأذن فى البيع، ففيه تفصيل نذكره فيما بعد، إن شاء الله تعالى.

---

(٩) ذكره ابن المنذر فى الإجماع (ص ١١٠) برقم (٥٢٨).

ولنا: أنه إعتاق من مـالك جائز التصرف تام الملك، فنفـذ كعتق المستأجر ولأن الرهن عين محبوسة لاستيفاء الحق فنفذ فيها عتق المالك كالمبيع فى يد البائع والعتق يخالف البيع، فإنه مبـنى على التغليب والسراية وينفذ فى مـلك الغير ويجوز عتـق المبيع قبل قـبضه والآبق والمجهول وما لا يقدر على تسليمه، ويجوز تعليقه على الشروط بخلاف البيع، إذا ثبت هذا: فإنه إن كـان موسرًا أخـذت منه قيمتـه، فجعلت مكـانه رهنًا لأنه أبطل حق الوثيقة بغـير إذن المرتهن، فلزمته قيمته كما لو أبطلها أجنبى أو كما لو أتلفه وتكون القيمة رهنًا، لأنها نائبة عن العين، وبدل عنها، وإن كان معسرًا فالقيـمة فى ذمته، فإن أيسر قبل حلول الحق، أخذت منه القيمة فجـعلت رهنًا إلا أن يختار تعجيل الحق فيقضيـه، ولا يحتاج إلى رهن، وإن أيسر بعد حلول الحق طولب بالدين خاصة لأن ذمته تبرأ به من الحقين معًـا، والاعتبار بقيمة العبد حال الإعتاق، لأنه حال الإتلاف، وبهذا قـ'' الشافعى، وقال أبو حنيفة فى المعسر يسـتسعى العبد فى قيمته ثم يرجع على الراهن، وفـيه إيجاب الكسب على العبد، ولا صنع له ولا جناية منه وإلزام الغرم لمن وجد منه الإتلاف أولى كحال اليسار وكسائر الإتلاف.

فـصل: وإن أعتقه بإذن المرتهن فلا نعلم خـلافًا فى نفوذ عتقه على كل حال، لأن المنع كان لحق المرتهن، وقد أذن فيـسقط حقه من الوثيقة موسرًا كان المـعتق أو معسرًا، لأنه أذن فيمـا ينافى حقه، فإذا وجد زال حقـه، وقد رضى به لرضاه بما ينافيـه وإذنه فيه، فلم يكن له بدل، فإن رجع عن الإذن قبل العتق، وعلم الراهن برجـوعه كان كمن لم يأذن، وإن لم يعلم الراهن برجوعه فأعتق، ففيه وجـهان، بناء على عزل الوكيل بدون علمه، وإن رجع بعد العتق لم ينفع رجوعه، والقول قول المـرتهن مع يمينه، لأن الأصل عدم الإذن، ولو اختلف الراهن وورثة المرتهن، فـالقول قول ورثة المـرتهن أيضًا، إلا أن أيمانهم على نـفى العلم لأنها على فعل الغير، وإن اختلف المرتهن وورثة الراهن، فالقول قول المرتهن مع يمينه، وإن لم يحلف قضى عليه بالنكول.

فـصل: وإن تصرف الراهن بغير العتق، كالبـيع والإجارة والهبة والوقف والرهن وغيره، فتصرفه باطل، لأنه تصرف يبطل حق المرتهن من الوثيقة غير مبنى على التغليب والسراية فلم يصح بغير إذن المرتهن، كفسخ الرهن، فإن أذن فيه المرتهن صح وبطل الرهن، لأنه أذن فيما ينافى حقه فيـبطل بفعله كالعتق، وإن زوج الأمة المرهونة لم يصـح وهذا اختيار أبى الخطاب وقول مالك والشافعى، وقال القاضى وجـماعة من أصحابنا: يصح، وللمرتهن منع الزوج من وطئها ومـهرها رهن معها وهذا مذهب أبى حنـيفة، لأن محل النكاح غير مـحل عقد الرهن، ولذلك صح رهن الأمة المزوجة، ولأن الرهن لا يزيل الملك، فلا يمنع التزويج كالإجارة.

ولنا: أنه تصرف فى الرهن بمـا ينقص ثمنه ويستغل بعض منافعه فلـم يملكه الراهن بغير رضا المـرتهن كالإجارة يخفى تنقـيصه لثمنهـا، فإنه يعطل منافع بعضـها ويمنع مشتـريها من وطئها وحلها ويوجب عليه تمكين زوجها من استمتاعها فى الليل ويعرضها بوطئه للحمل الذى

يخاف منه تلفهـا، ويشغلها عن خدمته بـتربية ولدها فتذهب الرغبـة فيها وتنقص نقصًا كـثيرًا وربما منع بيعها بالكلية، وقولهم إن محل عقد النكاح غير محل الرهن غير صحيح، فإن محل الرهن محل البيع، والبـيع يتناول جملتها، ولهذا يباح لمـشتريها استمتـاعها، وإنما صح رهن المزوجة لبقاء معظم المنفـعة فيها وبقائها محلاً لبيع كمـا يصح رهن المستأجرة ويفارق الرهن الإجارة فـإن التزويج لا يؤثر فى مقـصود الإجارة، ولا يمنع المـستأجـر من استيـفاء المنافع المستحقة له ويؤثر فى مقصود الرهن وهو استيفاء الدين من ثمنها، فإن تزويجها يمنع بيعها أو ينقص ثمنها فلا يمكن استيفاء الدين بكماله.

فصل: ولا يجوز للراهن وطء أمته المرهونة فى قول أكثر أهل العلم.

وقال بعض أصحاب الشافعى ﷺ له وطء الآيسة والصـغيرة، لأنه لا ضرر فيه، فإن علة المنع الخوف من الحمل، مخافة أن تلد منه، فتخرج بذلك عن الرهن أو تتعرض للتلف وهذا معدوم فيهما.

وأهل العلم على خـلاف هذا، قال ابن المنذر(١٠): أجمع أهل العلم عـلى أن للمرتهن منع الراهن من وطء أمـته المـرهونة، ولأن سـائر من يحرم وطـؤها لا فرق فـيه بين الآيسـة والصغيرة وغـيرهما كالمعتدة والمـستبرأة والأجنبية ولأن الذى تحبل فـيه يختلف، ولا ينحزر فمنـع الوطء جملة كـما حرم الـخمر للـسُّكْر وحرم منه اليـسيـر الذى لا يسكر لكون السكر يختلف، وإن وطئ فلا حد عليه لأنها ملكه وإنما حرمت عليـه لعارض كالمحرمة والصائمة،

فـصل: وليس للراهن الانتفاع بالرهن باستـخدام، ولا وطء، ولا سكنى، ولا غير ذلك، ولا يملك التصرف فيه بإجارة، ولا إعارة، ولا غيـرهما بغير رضى المرتهن، بهذا قال الثورى وأصحـاب الرأى، وقال مالك وابن أبى ليلى والشـافعى وابن المنذر: للراهن إجـارته وإعارته مدة لا يتأخر انقضاؤها عن حلـول الدين، وهل له أن يسكن بنفسه؟ على اختلاف بينهم، وإن كان الرهن عـبدًا، فله استيـفاء منافعه بغـيره، وهل له ذلك بنفسـه؟ على الخلاف، وليس له إجارة الثـوب ولا ما ينقص بالانتفـاع، وبنوه على أن المنافع للراهن لا تدخل فى الرهن، ولا يتعلق بها حقه، وسيأتى الكلام فيه.

ولنا أنها عين مـحبوسة فلم يكن للمالك الانتفـاع بها كالمبيع المحـبوس عند البائع على قبض ثمنه، إذا ثبت هذا فإن المتراهنين إن لم يتفقا على الانتفاع بها لم يجز الانتفاع، وكانت منافعه معطلة فـإن كانت دارًا أغلقت وإن كان عبدًا أو غيره تعطلـت منافعه حتى يفك الرهن، فإن اتفـقا على إجـارة الرهن وإعارته جاز ذلـك فى ظاهر قول الخرقى، لأنه جـعل غلة الدار وخدمة العبد من الرهن ولو عطلت منافعهما لم تكن لهما غلة، وقال ابن أبى موسى: إن أذن الراهن للمـرتهن فى إعارته أو إجارتـه صح، والأجرة رهن، وإن أجره الراهن بإذن الـمرتهن

(١٠) ذكره ابن المنذر فى الإجماع (ص ١١٠ برقم ٥٢٢).

ولا مهـر عليه لأن المرتهن لا حق لـه فى منفعتـها ووطؤها لا ينقص قيـمتهـا، فأشبـه ما لو استخـدمها، وإن تلف جزء منها أو نقـصها، مثل أن افتض البكر أو أفـضاها، فعليه قيـمة ما أتلف، فإن شاء جعلـها رهنًا معه وإن شاء جعله قضـاء من الحق، إن لم يكن حل، فإن كان الحق قد حل جعله قضاء لا غير، فإنه لا فـائدة فى جعله رهنًا ولا فرق بين الكبيرة والصغيرة فيما ذكرناه.

خرج من الرهن فى أحـد الوجهين، ولا يخرج فى الآخـر، كما لو أجره المـرتهن، وقال أبو الخطاب فى المشاع: يؤجره الحاكم لهـما، وذكره أبو بكر فى الخلاف أن منافع الرهن تعطل مطلقًا ولا يؤاجره، وهو قـول الثورى وأصحاب الرأى، وقالوا: إذا أجـر الراهن بإذن المرتهن كان إخـراجًا من الرهن، لأن الرهن يقتـضى حبسـه عند المرتهن أن نائبه على الدوام، فـمتى وجد عقد يستحق به زوال الحبس زال الرهن.

ولنا أن مقصـود الرهن الاستيثـاق بالدين واستيفـاؤه من ثمنه عند تعذر استيـفائه من ذمة الراهن، وهذا لا ينافى الانتفاع به، ولا إجارته، ولا إعارته، فجار اجتماعهما كانتفاع المرتهن به، ولأن تعطيل منفعته تضييع للمال، وقد نهى النبى ﷺ عن إضاعته[2]، ولأنه عين تعلق بها حق الوثيقـة فلم تمنع إجارتها كالعـبد إذا ضمن بإذن سيده، ولا نسلم أن مـقتضى الرهن الحبس بل مقتـضاه تعلق الحق به على وجه تحصل به الوثيقة، وذلك غـير مناف للانتفاع به، ولو سلمنا بأن مقتضاه الحبس، فلا يمنع كون المستأجر نائـبًا عنه فى إمساكه وحبسه ومستوفيًا لمنفعته لنفسه.

فصل: ولا يمنع الراهن من إصلاح الرهن ودفع الفساد عنه ومداواته إن احتاج إليها، فإذا كان مـاشية فاحـتاجت إلى إطراق الفحل، فـللراهن ذلك، لأن فيه مـصلحة الرهن وزيادته، وذلك زيادة فى حق المرتهن من غـير ضرر، وإن كانت فـحولاً لم يكن للراهن إطراقهـا بغير رضا المرتهن، لأنه انتـفاع لا مصلحة للرهن فيه فـهو كالاستخدام إلا أن يكون يتـضرر بترك الإطراق فيجوز، لأنه كالمداوة له.

فصل: وليس للراهن عتق الرهن، لأنه يبطل حق المرتهن من الوثيقة، وذلك إضرار به، فإن فعل نفذ عتقه موسرًا كان أو معسرًا، نص عليه أحمد، وبه قال شريك والحسن بن صالح وأصحاب الرأى والشافعى فى أحد أقواله إلا أن أبا حنيفة قال: يستسعى العبد فى قيمته إن كان المعتق موسرًا، وعن أحمد: أنه لا ينفذ عتق المـعسر، وذكرها الشريف أبو جعفر، وهو قول مالك والقول الثانى للشافعى، لأن عتقه يسقط حق المرتهن من الوثيقة من عين الرهن وبدلها، فلم ينفذ لما فـيه من الإضرار بالمرتهن، ولأنه عـتق يبطل حق غير المالك فنفـذ من الموسر

---

(2) أخرجه البخارى (١٠/ ح ٥٩٧٥/ فتح) ومسلم (٣/ أقضية/ ١٣٤١) والدارمى (٢/ ح ٢٧٥١) وأحمد فى مسنده (٤/ ٢٥٠، ٢٥١، ٢٥٥) من حديث المغيرة من شعبة.

دون المعسر كعتق شرك له فى عبـد، وقال عطاء والبتى وأبو ثور: لا ينفذ عتق الراهن موسرًا كان أو مـعسرًا، وهو القـول الثالث للشـافعى، لأنه معنى يبطل حق الـوثيقة من الرهن أشـبه البيع.

ولنا أنه إعتاق من مالك جائز التصرف تام الملك فنفذ كعتق المستأجر، ولأن الرهن عين محبوسة لاستيفاء الحق فنفذ فيها عتق المالك كالمبيع فى يد البائع، والعتق يخالف البيع، فإنه مبنى على التـغليب والسراية، وينفذ فى ملك الغـير، ويجوز عتق المـبيع قبل قبـضه، والآبق والمجهول، وما لا يقدر على تسليمه، ويجوز تعليقه على الشرط بخلاف البيع، إذا ثبت هذا، فإن كـان موسـرًا أخذت منـه قيمـته فـجعلت مـكانه رهنًا، لأنه أبطل حق الوثيـقة بغـير إذن المرتهن، فلزمته قيـمته كما لو أبطلها أجنبى أو كما لو أتلفه، وتكون القـيمة رهنًا لكونها نائبة عن العين وبدلاً منها، وإن كان مـعسرًا فهى فى ذمته، فإن أيسـر قبل حلول الحق أخذت منه فجعلت رهنًا إلا أن يختـار تعجيل الحق فيقضيه، ولا يحـتاج إلى رهن، وإن أيسر بعد حلول الحق طولب بالدين خاصـة، لأن ذمته تبرأ بـه من الحقين معًـا، والاعتبار بقـيمة العبـد حال العتق، لأنه وقت الإتلاف، وبهذا قال الشـافعى، وقال أبو حنيفة فى المعسر: يسـتسعى العبد فى قيـمته ثم يرجع على الراهن، وفـيه إيجاب الكسب على العـبد، ولا صنيع له، ولا جناية منه، فكان إلزام الغرم للمتلف أولى كحال اليسار، وكسائر الإتلاف.

فـصل: فإن أعتقه بإذن المرتهن فلا نعلم خـلافًا فى نفوذ عتقه على كل حال، لأن المنع كان لحق المرتهن، وقد أذن ويسـقط حقه من الوثيقة موسرًا كان المـعتق أو معسرًا، لأنه إذن فيمـا ينافى حقه، فإذا وجد زال حقـه، وقد رضى به لرضاه بما ينافيـه وإذنه فيه، فلم يكن له بدل فإن رجع عن الإذن قـبل العتق وعلم الراهن برجـوعه بطل الإذن، وإن لم يعلم برجـوعه فأعتق، ففيه وجهان بناء على عزل الوكيل بدون علمه، وإن رجع بعد العتق لم ينفعه الرجوع، والقول قول الـمرتهن مع يمينه، لأن الأصل عدم الإذن، وإن اخـتلف الراهن وورثة المرتهن، فالقـول قول الورثة أيضًا إلا أن أيمانهم على نفـى العلم، لأنها على فعل الغيـر، وإن اختلف المرتهن وورثة الراهن، فالقول قول المرتهن مع يمينه، وإن لم يحلف قضى عليه بالنكول.

15- مسألة: (وليس عليه تزويج الأمة المرهونة فإن فعل لم يصح).

وهذا اختيـار أبى الخطاب وقول مالك والشافـعى، وقال القاضى وجماعـة من أصحابنا: يصح، وللمرتهن منع الزوج من وطئها لحق المرتهن حـتى لا تخرج عنه يده فيفوت القبض، ومهرها رهـن معها، لأنه من نمـائها وبسببهـا فكان رهنًا معها كـأجرتها وسائر نمـائها، وهذا مذهب أبى حنيفة، لأن محل النكاح غير محل عقد الرهن، ولذلك صح رهن المزوجة، ولأن الرهن لا يزيل الملك فلم يمنع التـزويج كالإجارة، ولنا أنه تصرف فـى الرهن بما ينقص ثمنه

٧٩٠- **مسألة:** قال: (وإن كانت جارية فأولدها الراهن خرجت أيضًا من الرهن وأخذ منه قيمتها فتكون رهنًا).

وجملته: أن الرَّاهن إذا وطئ أمته الموهونة فأولدها خرجت من الرهن، وعليه قيمتها حين أحبلها كما لو جرح العبد كانت عليه قيمته حين جرحه، ولا فرق بين الموسر والمعسر إلا أن الموسر يؤخذ منه قيمتها والمعسر يكون فى ذمته قيمتها على حسب ما ذكرنا فى العتق، وهذا قول أصحاب الرأى وقول الشافعى ههنا كقوله فى العتق، إلا أنه إذا قال له لا ينفذ الإحبال فإنما هو فى حق المرتهن، فأما فى حق الراهن فهو ثابت لا يجوز له أن يهبها للمرتهن ولو حل الحق وهى حامل لم يجز بيعها لأنها حامل بحُرٍّ، فإذا ولدت لم يجز بيعها حتى تسقى ولدها اللبأ، فإن وجد من يرضعه بيعت، وإلا تركت حتى ترضعه ثم يباع منها بقدر الدين خاصة ويثبت للباقى حكم الاستيلاد، فإذا مات الراهن عتق وإن رجع هذا المبيع إلى الراهن بإرث أو بيع أو هبة أو غير ذلك أو بيع جميعها ثم رجعت إليه ثبت لها حكم

ويستغل بعض منافعه فلم يملكه الراهن بغير رضى المرتهن، كالإجارة ولا يخفى تنقيصه لثمنها فإنه يعطل منافع بعضها ويمنع مشتريها من وطئها وحلها ويوجب عليها تمكين زوجها من الاستمتاع بها ويعرضها بوطئه للحمل الذى يخاف منه تلفها ويشغلها عن خدمته بتربية ولدها فتذهب الرغبة فيها وتنقص نقصًا كثيرًا وربما منع بيعها بالكلية، وقولهم: إن محل عقد النكاح غير محل الرهن غير صحيح، فإن محل الرهن محل البيع، والبيع يتناول جملتها، ولهذا يباح لمشتريها استمتاعها، وإنما صح رهن المزوجة لبقاء معظم المنفعة فيها وبقائها محلاً للبيع كما يصح رهن المستأجرة، ويفارق الرهن الإجارة، فإن التزويج لا يؤثر فى مقصود الإجارة، ولا يمنع المستأجر من استيفاء المنافع المستحقة له، ويؤثر فى مقصود الرهن، وهو استيفاء الدين من ثمنها، لأن تزويجها يمنع بيعها أو ينقص ثمنها فيتعذر استيفاء الدين بكماله.

16- **مسألة:** (وإن وطئ الجارية فأولدها خرجت من الرهن وأخذت منه قيمتها فجعلت رهنًا).

لا يجوز للراهن وطء أمته المرهونة فى قول أكثر أهل العلم، وقال بعض أصحاب الشافعى: له وطء الآيسة والصغيرة لكونه لا ضرر فيه، فإن علة المنع خوف الحمل مخافة أن تلد منه فتخرج من الرهن أو تتعرض للتلف، وهذا معدوم فيهما، وسائر أهل العلم على خلاف هذا.

قال ابن المنذر (3): أجمع أهل العلم على أن للمرتهن منع الراهن من وطء أمته المرهونة، ولأن سائر من يحرم وطؤها لا فرق فيه بين الآيسة والصغيرة وغيرهما كالمعتدة

(3) ذكره ابن المنذر فى الإجماع (١١٠).

الاستيلاد، وقال مالك: إن كانت الأمة تخرج إلى الراهن وتأتيه خرجت من الرهن وإن تسور عليها أخذ ولدها وبيعت.

ولنا: أن هذه أم ولد فلم يثبت فيها حكم الرهن كما لو كان الوطء سابقًا على الرهن أو نقول معنى ينافى الرهن فى ابتدائه فنافاه فى دوامه كالحرية.

فصل: فإن كان الوطء بإذن المرتهن خرجت من الرهن ولا شيء للمرتهن، لأنه أذن فى سبب ما ينافى حقه فكان إذنًا فيه ولا نعلم فى هذا خلافًا، وإن لم تحبل فهى رهن بحالها، **فإن قيل:** إنما أذن فى الوطء ولم يأذن فى الإحبال **قلنا:** الوطء هو المفضى إلى الإحبال ولا

والمستبرأة والأجنبية، ولأن الوقت الذى تحمل فيه يختلف، ولا ينحزر فمنع من الوطء جملة كما حرم الخمر للسكر، وحرم منه اليسير الذى لا يسكر لكون السكر يختلف، فإن وطئ فلا حد عليه لأنها ملكه، وإنما حرمت عليه لعارض كالمحرمة والصائمة، ولا مهر عليه، لأن المرتهن لاحق له فى منفعتها، ووطؤها لا ينقص قيمتها إذا كانت ثيبًا، فأشبه ما لو استخدمها، وإن تلف جزء منها أو نقصها مثل أن افتض البكر أو أفضاها فعليه قيمة ما أتلف، فإن شاء جعله رهنًا معها وإن شاء جعله قضاء من الحق إن لم يكن حل، فإن كان الحق قد حل جعله قضاء لا غير، فإنه لا فائدة فى جعله رهنًا، ولا فرق بين الصغيرة والكبيرة فيما ذكرناه.

فصل: فإن أولدها خرجت من الرهن، وعليه قيمتها حين أحبلها كما لو جرح العبد كانت عليه قيمته يوم جرحه، ولا فرق بين الموسر والمعسر إلا أن الموسر تؤخذ منه قيمتها، والمعسر تكون فى ذمته قيمتها على حسب ما ذكرنا فى العتق، وهذا قول أصحاب الرأى، وقول الشافعى ههنا كقوله فى العتق إلا أنه إذا قال: لا ينفذ الإحبال فإنما هو فى حق المرتهن، فأما فى حق الراهن فهو ثابت فلا يجوز له أن يهبها للمرتهن، ولو حل الحق، وهى حامل لم يجز بيعها لأنها حامل بحر، فإذا ولدت لم يجز بيعها حتى تسقى ولدها اللبأ، ثم إن وجد من يرضعه بيعت وإلا تركت حتى ترضعه ثم يباع منها بقدر الدين، ويثبت للباقى حكم الاستيلاد، فإذا مات الراهن عتق، وإن رجع المبيع إلى الراهن ببيع أو غيره أو بيع جميعها ثم رجعت إليه ثبت لها حكم الاستيلاد، وقال مالك: إن كانت الأمة تخرج إلى الراهن وتأتيه خرجت من الرهن، وإن تسور عليها أخذ ولدها وبيعت.

ولنا أن هذه أم ولد فلم يثبت فيها حكم الرهن، كما لو كان الوطء سابقًا على الرهن، أو نقول معنى ينافى الرهن فى ابتدائه فنفاه فى دوامه كالحرية.

فصل: فإن كان الوطء بإذن المرتهن خرجت من الرهن، ولا شيء للمرتهن، لأنه أذن فى سبب ما ينافى حقه، فكان إذنًا فيه، ولا نعلم فى هذا خلافًا، وإن لم تحبل فهى رهن بحالها، **فإن قيل:** إنما أذن فى الوطء، ولم يأذن فى الإحبال، **قلنا:** الوطء هو المفضى إلى

يقف ذلك على اختيـاره فالإذن فى سـببه إذن فيـه فإن أذن ثم رجع فهــو كمن لم يأذن، وإن اختلفا فى الإذن فـالقول قول من ينكره، وإن أقر المـرتهن بالإذن وأنكر كون الولد من الوطء المأذون فيه أو قال هو من زوج أو زنا فالقول قول الراهن بأربعة شروط: **أحـدها**: أن يعترف المرتهن بالإذن، **والثانى**: أن يعترف بالوطء، **والثالث**: أن يعترف بالولادة، **والرابع**: أن يعترف بمضى مـدة بعد الوطء يمكن أن تلد فيـها، فحـينئذ لا يلتفت إلى إنكاره ويكون القـول قول الراهن بغير يمين لأننا لم نلحقه به بدعواه بل بالشرع، فإن أنكر شرطًا من هذه الشروط فقال: لم آذن أو قال أذنت فـما وطئت أو قال لم تمض مدة تـضع فيها الحـمل منذ وطئت أو قال: ليس هذا ولدها وإنما استعـارته فالقول قوله لأن الأصل عدم ذلك كله وبقاء الوثيقـة صحيحة حتى تقوم البينة وهذا مذهب الشافعى.

فـصل: ولو أذن فى ضربها فضربها فتلفت فلا ضمان عليه، لأن ذلك تولد من المأذون فيه كتولد الإحبال من الوطء.

فـصل: إذا أقر الراهن بالوطء لم يخل من ثلاثة أحـوال: أحدها: أن يقر به حال العقد أو قبل لزومه فحكم هذين واحد ولا يمنع ذلك صحـة العقد، لأن الأصل عدم الحمل فإن بانت حائلاً أو حامـلاً بولد لا يلحق بالراهن فالرهن بحاله، وكذلك إن كـان يلحق به لكن لا تصير به أم ولد مثل أن وطئها وهى زوجته ثم ملكهـا ورهنها، وإن بانت حاملاً بولد تصير به أم ولد

الإحبال، ولا يقف ذلك على اختياره، فالإذن فى سببه إذن فيه، فإن أذن ثم رجع فهو كمن لم يأذن، وإن اختلفا فى الإذن فـالقول قول من ينكره، وإن أقر المـرتهن بالإذن وأنكر كون الولد من الوطء المأذون فيه أو قال: هو من زوج أو زنا فالقول قول الراهن بأربعة شروط: **أحدها**: أن يعترف المرتهن بالإذن، **الثانى**: أن يعترف بالوطء، **الثالث**: أن يعترف بالولادة، **الرابع**: أن يعترف بمضى مدة بعد الوطء يمكن أن تلد فيـها، فحينئذ لا يلتفت إلى إنكاره، ويكون القول قول الراهن بغير يمين، لأننا لم نلحقه به بدعواه بل بالشرع، فإن أنكر شرطًا من هذه الشروط فقال: لم آذن أو قال: أذنت فما وطئت أو قال: لم تمض مدة تضع فيها الحمل منذ وطئت أو قال: ليس هذا ولدها وإنما اسـتعارته فالقول قوله، لأن الأصل عدم ذلك كلـه، وبقاء الوثيقة صحيحة حتى تقوم البنية، وهذا مذهب الشافعى.

فـصل: ولو أذن فى ضربها فضربها فتلفت فلا ضمان عليه، لأن ذلك تولد من المأذون فيه، فهو كتولد الإحبال من الوطء.

فـصل: وإذا أقر الراهن بالوطء لم يخل من ثلاثة أحوال: أحدها: أن يقر به حال العقد أو قبل لزومـه فحكم هذين واحـد، ولا يمنع ذلك صحـة الرهن لأن الأصل عدم الحـمل، فإن بانت حائلاً أو حاملاً بولد لا يلحق بالراهن، فـالرهن بحاله، وكذلك إن كان يلحق به لكن لا تصير به أم ولد مثل إن وطئها وهى زوجته ثم ملكها ورهنها، وإن بانت حاملاً بما تصير به أم

بطل الرهن ولا خيـار للمرتهن وإن كـانت مشروطًا فى بيع لأنه دخل مع العـلم بأنها لا تكون رهنًا فـإذا خرجت من الرهن بذلك السـبب الذى علمه لم يـكن له خيـار كالمريـض إذا مات والجاني إذا اقتص منه وهذا قول أكـثر أصحاب الشافعى، وقال بعـضهم له الخيار لأن الوطء نفـسه لا يثبت الخـيـار فلم يكن رضاه بـه رضا بالحـمل الذى يحـدث منه بخـلاف الجناية والمرض.

ولنا أن إذنه فى الوطء إذن فيما يئول إليه كذلك رضاه به رضا بما يئول إليه.

الحال الـثالث: أقر بالوطء بعد لزوم الرهن فإنه يقبـل فى حقه ولا يقبل فى حق المرتهن لأنه أقر بما يفسخ عقدًا لازمًا لغيره فلم يقبل كـما لو أقر بعد بيعها، ويحتمل أن يقبل لأنه أقر فى ملكه بما لا تهمة فيه لأنه يستضر بذلك أكثر من نفعه بخروجها من الرهن.

والأول أصح لأن إقرار الإنسان على غيره لا يقبل، وهكذا الحكم فيما إذا أقر بأنه غصبها أو أنها كانت جنت جناية تعلـق أرشها برقبتهـا وللشافعى فى ذلك قولان، وإن أقر أنه أعتـقها صح إقراره وخرجت من الرهن، وبهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعى فى أحد قوليه، لا يقبل بناء على أنه لا يصح إعتاقه للرهن.

ولد بطل الرهن، ولا خيار للمرتهن، وإن كان مـشروطًا فى بيع، لأنه دخل مع العلم بأنها قد لا تكون رهنًا، فإذا خرجت من الرهن بذلك السبب الذى علمه لم يكن له خيار كالمريض إذا مات والجانى إذا اقتص منه، وهذا قـول أكثر الشافعية،٠ وقال بعـضهم: له الخيار، لأن الوطء نفسـه لا يثبت الخـيار، فلم يكن رضاه به رضى بـالحمل الذى يحدث منه، بخـلاف الجناية والمرض.

ولنا أن إذنه فى الوطء إذن فيمـا يئول إليه، كذلك رضاه به رضى بمـا يئول إليه **الحـال الثالث:** أقر بالوطء بعد لزوم الرهن، فإن يقبل فى حقه، ولا يقبل فى حقه المرتهن، لأنه أقر بما يفسخ عقدًا لازمًا لغيره، فلم يقبل كمـا لو أقر بذلك بعد بيعها، ويحتمل أن يقبل لأنه أقر فى ملكه بما لا تهمة فـيه، لأنه يستضر من ذلك أكثر من نفعـه بخروجها من الرهن، والأول أصح، لأن إقرار الإنسان على غيره لا يقبل.

17- مسـألة: **(وإن أذن المرتـهن فى بيع أو هبة أو نحـو ذلك صح، وبطل الرهن إلا أن يأذن له فى بيعه بشرط أن يجعل ثمنه رهنًا أو يجعل دينه من ثمنه).**

وجملة ذلك أنه متى أذن المرتهن للراهن فى بيع الرهن أو هبته أو وقفه ففعل صح، لأن المنع كان لحـقه فجاز بإذنه، ويبطل الرهـن، لأن هذا تصرف ينافى الرهن فلا يجتـمع مع ما ينافيه إلا البيع، فله ثلاثة أحوال: **أحدها:** أن يأذن له فى بيعه بعد حلول الحق فيصح، ويتعلق حق المرتهن بثمنه، ويجب قضاء الدين منه، لأن مقتضى الرهن بيعه واستيفاء الدين من ثمنه، **الثانى:** أنه يأذن له قبل حلوله مطلقًا، فيبيعه فيبطل الرهن، ولا يكون عليه عوضه، لأنه أذن له

ولنا: أنه لو أعتقه لنـفذ عتقه فقبل إقـراره كغير الرهن، ولأن إقراره بعتقـه يجرى مجرى عتقه فأشبه ما لو قال أنت حر، ويتخـرج أن لا ينفذ إقرار المعسر بناء على أنه لا ينفذ إعتاقه، وكل موضع قلنا القول قول الراهن فقال القاضى: ذلك مع يمينه، لأن كذبه محتمل، ويحتمل أن لا يستحلف لأنه لـو رجع عن إقراره لم يقبل فلا فائدة فى اسـتحلافه، واخـتلف أصحاب الشافعى فى استحلافه على نحو الوجهين، والصحيح عندى: أنه إذا أقر بالعتق لم يستحلف، لأن ذلك جرى مجرى قوله أنت حر فلم يحتج إلـى يمين كما لو صرح به، وإن أقر بالغصب والجناية فإنه إن لم يدع ذلك المغـصوب منه والمجنى عليه لم يلتفت إلى قـول الراهن وجهًا واحدًا، وإن ادعياه فاليمين عليهما، لأن الحق لهما ورجوعهما عنه مقبول فكانت اليمين عليها كسائر الدعاوى، وإن أقر باستيلاد أمته، فعليه اليمـين، لأن نفعها عائد إليه من حل استمتاعها وملك خدمتها فكانت اليمين عليه بخلاف ما قبلها، وإن قلنا: القول قول المرتهن فعليه اليمين بكل حال، لأنه لو اعـترف ثبت الحق فى الرهن ويمـينه على نفى العلم لأنها عـلى نفى فعل الغير فـإذا حلف سقطت الدعوى بالنسبـة إليه وبقى حكمها فى حق الراهن حـيث لو عاد إليه الرهن ظهر فيه حكم إقراره وإن أراد المجنى عليه أو المغصوب منه أن يغرماه فى الحال فلهما ذلك، لأنه منع من استيفاء الجناية بتصرفه فلزمه أرشها كما لو قتله.

فيما ينافـى حقه، فأشبه ما لو أذن فى عـتقه وللمالك أخذ ثمنه، وبه قال الـشافعى، وقال أبو حنيفة ومحـمد: يكون الثمن رهنًا، لأن الراهن باع الرهن بإذن المرتهن فوجـب أن يثبت حقه فيه كمـا لو حل الدين، قال الطحاوى: حق المرتهن يتعلق بعـين الرهن والثمن بدله، فوجب أن يتعلق به كما لو أتلفه متلف.

ولنا أنه تصرف يبطل حق المرتهن من عين الرهن لا يملكه المـرتهن، فإذا أذن فيه أسقط حقه كالعتق، ويخالف ما بعد الحلول، لأن المرتهن يستحق البيع، ويخالف الإتلاف لأنه غير مأذون فيه من جهة المـرتهن، فإن قال: إنما أردت بإطلاق الإذن أن يكون ثمنه رهنًا، لم يقبل قوله، لأن إطلاق الإذن يقتضى بيعًا يفسخ الرهن، وبهذا قال الشافعى.

الثالث: أن يأذن فيه بشرط أن يجعل ثمنه رهنًا مكانه، أو يعجل له دينه من ثمنه فيجوز، ويلزم ذلك، لأنه لو شرط ذلك بعـد حلول الحق جاز، فكذلك قبله، وإن اخـتلفا فى الإذن، فالقول قول المرتهن لأنه منكر، وإن أقر بالإذن واخـتلفا فى شرط جعل ثمنه رهنًا، أو تعجيل دينه منه، فالقـول قول الراهن لأن الأصل عدم الشـرط، ويحتمل أن يقدم قـول المرتهن لأن الأصل بقاء الوثيقة.

18- مسألة: (ونماء الرهن وكسبه وأرش الجناية عليه من الرهن).

وجملة ذلك أن نماء الرهن جميعه وغلاته تكون رهنًا فى يد من الرهن فى يده كالأصل، وإذا احتيج إلى بيعه فى وفاء الدين بيع مع الأصل، وسواء فى ذلك المتصل كالسمن والتعلم،

فـصل: ولا يحل للمرتهن وطء الجارية المرهونة إجماعًا لقول الله تعالى: ﴿إِلاَّ عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾ (المؤمنون: ٦) وليست هذه زوجة ولا ملك يمين، فإن وطئها عالمًا بالتحريم فعليه الحد، لأنه لا شبهة له فيه، فإن الرهن استيثاق بالدين ولا مدخل لذلك في إباحة الوطء لأن وطء المستأجرة يوجب الحد مع ملكه لنفعها فالرهن أولى، فإن ادعى الجهل بالتحريم واحتمل صدقه لكونه ممـا نشأ ببادية أو حديث عهد بالإسـلام فلا حد عليه وولده حر لأنه وطئها معتقدًا إباحة وطئها فهو كما لو وطئها يظنها أمته، وعليه قيمة ولدها يوم الولادة لأن اعتقاده الحل منع انخلاق الولد رقيقًا ففوت رق الولد على سيدها، فلزمته قيمته كالمغرور بحرية أمة، وإن لم يحتمل صدقه كالناشئ ببلاد الإسلام مختلطًا بهم من أهل العلم لم تقبل دعواه لأنه لا يخلو ممن يسمع منه ما يعلم به تحريم ذلك فيكون كمن لم يدع الجهل، وولده رقيق للراهن لأنه من زنا، ولا فرق في جميع ما ذكرنا بين أن يكون الوطء بإذن الراهن أو بغير إذنه، وهذا المنصوص عن الشافعي، ويحتمل أن لا تجب قيمة الولد مع

والمنفصل كالكسب والأجرة والولد والثمر واللبن والصوف والشعر، وبنحو هذا قال النخعي والشعبي، وقال الثوري وأصحاب الرأي: يتبع النماء ولا يتبع الكسب، لأن الكسب لا يتبع في حكم الكتابة والاستيلاد والتدبير، فلا يتبع في الرهن كإعتاق مال الراهن، وقال مالك: يتبع الولد في الرهن خاصة دون سائر النماء، لأن الولد يتبع الأصل في الحقوق الثابتة كولد أم الولد، وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر: لا يدخل في الرهن شيء من النماء المنفصل ولا من الكسب، لأنه حق تعلق بالأصل يستوفى من ثمنه، فلا يسرى إلى غيره كحق جنايته، حتى قال الشافعي: لو رهنه ماشية مخاضًا فنتجت، فالنتاج لا يدخل في الرهن، وخالفه أبو ثور وابن المنذر واحتجوا بقول النبي ﷺ: «الرهن من راهنه له غنمه، وعليه غرمه»(4) وإنما يكون رهنًا كسائر ماله.

ولنا أنه حكم يثبت في العين بعقد المال، فيدخل فيه النماء والمنافع كالملك بالبيع وغيره، ولأن النماء حادث من غير الرهن فيدخل فيه كالمتصل، ولأنه حق مستقر في الأم ثبت برضى المالك، فسرى إلى الولد كالتدبير والاستيلاد.

ولنا على مالك أنه نماء حادث من غير الرهن، فسرى إليه حكم الرهن كالولد، وعلى أبي حنيفة أنه عقد يستتبع النماء فاستتبع الكسب كالشراء، وأما الحديث فنقول به، وأن غنمه وكسبه ونماءه للراهن، لكن يتعلق به حق الرهن كالأصل، والفرق بينه وبين سائر مال الراهن أنه تبع فثبت له حكم أصله، وأما حق الجناية، فإنه ثبت بغير رضى المالك، فلم يتعد ما ثبت فيه، لأنه جزاء عدوان فاختص الجاني كالقصاص، ولأن السراية في الرهن لا تفضي إلى

---

(4) أخرجه الدارقطني (٣/ ٣٣/ ح ١٣٣) والبيهقي (٦/ ٣٩) والحاكم (٢/ ٥١) وقال الألباني في إرواء الغليل (١٤٠٦): مرسل.

الإذن فى الوطء، وهو قول بعض أصحاب الشافعى، لأن الإذن فى الوطء إذن فيما يحدث منه بدليل أنه لو أذن المـرتهن للراهن فى الوطء فحـملت منه سقط حقـه من الرهن، ولو أذن فى قطع إصبع فـسرت إلى أخرى لم يضـمنها، ووجـه الأول: أن وجوب الضمـان يمنع انخلاف الولد رقيقًـا وسببه اعتقـاد الحل وما حصل ذلك بإذنه بخلاف الوطء فإن خـروجها من الرهن بالحمل الذى الوطء المأذون فيه سبب له، وأما المهر فإن كان الوطء بإذن الراهن فلا مهر له، وقـال أبو حنيـفة يجب لـه لأنه يجب لهـا ابتداء فـلا يسـقط بإذن غـيرها، وعن الـشافـعى كالمذهبين.

ولنا: أنه أذن فى سبـبه وهو حقه فلم يجـب كما لو أذن فى قتلهـا ولأن المالك أذن فى استيفاء المنعفة فلم يجب عوضها كـالحرة والمطاوعة، وإن كان بغير إذن فالمهر واجب سواء أكرهها أو طاوعته، وقال الشافعى: لا يجب المهر مع المطاوعة لأن النبى ﷺ نهى عن مهر البغى(١١)، ولأن الحد إذا وجب على الموطوءة لم يجب المهر كالحرة.

ولنا: أن المهر يجب للسيد فلا يسـقط بمطاوعة الأمة وإذنها كما لو أذنت فى قطع يدها، ولأنه استـوفى هذه المنفعة المـملوكة للسيـد بغير إذنه فكان علـيه عوضهـا، كما لو أكـرهها وكأرش بكارتهـا لو كانت بكرًا، والحديـث مخصوص بالـمكرهة على البغاء، فـإن الله تعالى سماها بذلك مع كونهـا مكرهة عليه فقال: ﴿ وَلَا تُكْرِهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا ﴾ (النور: ٣٣) وقولهم: لا يجب الحد والمهر قلنا: لا يجب المهر لها، وفى مسألتنا لا يجب لها

استـيفاء أكـثر من دينه فلا يكـثر الضرر فـيه، وأما أرش الجناية على الرهـن فيتـعلق بها حق المرتهن، لأنها بـدل جزء منه فكانت من الرهن كقيمـته إذا أتلفه إنسان، وهذا قـول الشافعى وغيره.

فـصل: وإذا ارتهن أرضًا أو دارًا أو غيرهما تبعه فى الرهن ما يتبع فى البيع، فإن كان فى الأرض شجر فـقال: رهنتك هذه الأرض بحقوقـها أو ذكر ما يدل على أن الشـجر فى الرهن دخل، وإن لم يذكر ذلك فهل يدخل فى الرهن؟ على وجـهين بناء على دخوله فى البيع، وإن رهنه شجرًا مثمرًا وفيه ثمرة ظاهرة، لم تدخل فى الرهن كما لا تدخل فى البيع، وإن لم تكن ظاهرة دخلت، وقال الشافعى: لا تدخل بحال، وقـال أبو حنيفة: تدخل بكل حال لأن الرهن عنده يصح على الأصل دون الثـمرة، وقد قـصد إلى عقـد صحيح، فـتدخل الثمـرة ضرورة الصحة.

ولنا أن الثمرة المؤبرة لا تدخل فى البيع مع قوته وإزالتـه لملك البائع، فالرهن مع ضعفه أولى، وعلى الشافـعى أنه عقد على الشجر فـاستتبع الثـمرة غير المؤبرة كـالبيع، ويدخل فى الرهن الصوف واللبن المـوجودان كما يدخل فى البـيع، وكذلك الحمل، وسائر مـا يتبع فى

---

(١١) تقدم برقم (١١٢) مسألة رقم (٧٧٠).

وإنما يجب لسيدها، ويفارق الحرة فإن المهـر ولو وجب لوجب لها وقد أسقطت حقها بإذنها وههنا المستحق لم يأذن، ولأن الوجوب فى حق الحرة يفعلهـا بإكراهها وسقوطها بمطاوعتها فكذلك السيد ههنا لما تعلق السقوط بإذنه ينبغى أن يثبت عند عدمه وسواء وطئها معتقدًا للحل أو غير معـتقد له أو ادعى شبهة أو لم يدعـها لأن المهر حق آدمى فلا يسقط بـالشبهات، ولا تصير هذه الأمة أم ولد للمرتهن بحال سواء ملكها بعد الوضع أو قبله، سواء حكمنا برق الولد أو حريته، لأنه أحبلها فى غير ملكه.

البيع، لأنه عقد وارد على العين فدخلت فيه هذه التوابع كالبيع، ولو كان الرهن دارًا فخربت، كانت أنقاضها رهنًا معها، لأنها من أجـزائها، وقد كانت مرهونة قبل خرابها، ولو رهنه أرضًا فنبت فيها شجر فهو من الرهن، سواء نبت بفعل الراهن أو بغير فعله لأنه من نمائها.

19- مسألة: (ومؤنته على الراهن، وكفنه ـ إن مات ـ وأجرة مخزنه إن كان مخزونًا).

مؤنة الرهن من طعامه وكسوته ومسكنـه وحافظه وحرزه ومخزنه وغير ذلك على الراهن، وبهذا قال مالك والشافعى والعنبرى وإسحـاق، وقال أبو حنيفة: أجرة المسكن والحافظ على المرتهن، لأنه من مؤنة إمساكه وارتهانه.

ولنا قول النبى ﷺ: «الرهن من راهنـه، له غنمه وعليه غرمـه» رواه الدارقطنى وقال: إسناده جيد مـتصل، ولأنه نوع اتفاق فكان على الراهن كـالطعام، ولأن الرهن ملك الراهن، فكان عليه مسكنه وحافظه كغيـر الرهن، وإن أبق العبد فأجرة من يرده على الراهن، وقال أبو حنيفة: يكون بقـدر الأمانة على الراهن وبقدر الضمان على المرتهن، وإن احـتيج إلى مداواته لمرض أو جرح فـذلك على الراهن، وعند أبى حنيفة هو كأجـرة من يرده من إباقه وبنى ذلك على أصله فى أن يد المرتهن يد ضـمان بقدر دينه فـيه، وما زاد فهـو أمانة عنده ويأتى الكلام على ذلك فيما بعد، فإن مات العبـد كانت مؤنة تجهيزه وتكفينه ودفنه على الراهن، لأن ذلك تابع لمؤنته، فإن كل من لزمـته مؤنة شخص فى حياته لا فى مقابلة نفع، كـانت مؤنة تجهيزه ودفنه عليه كسائر العبيد والإماء والأقارب من الأحرار.

فصل: وإن كان الرهن ثمرة فاحتاجت إلى سقى وتسوية وجذاذ فذلك على الراهن، وإن احتاجت إلى تجفيف، والحق مـؤجل، فعليه التجفيف لأنه يحتاج إلى أن يستبـقيها رهنًا حتى يحل الحق، وإن كان حالاً بيعت ولم يحـتج إلى تجفيفها، فإن اتفقا على بيـعها وجعل ثمنها رهنًا بالحق المؤجل جاز، وإن اختلفا قدم قول من يستبقيها بعينها، لأن العقد يقتضى ذلك إلا أن يكون مما تقل قيمته بالتجفيف، وقد جـرت العادة ببيعه رطبًا فيباع ويجعل ثمنه رهنًا، وإن اتفقا على قطع الثمرة فى وقت جاز، سـواء كان الحق حالاً أو مؤجلاً، أو كان الأصلح القطع أو الترك لأن الحق لا يخرج عنهما، وإن اختلفا قدم قول من طلب الأصلح، إن كان ذلك قبل حلول الحق، وإن كان الحق الاً قـدم قول من طلب القطع، لأنه إن كان المرتهن فـهو طالب

٧٩١- **مـسـألة:** قال: (وإذا جنى العبد المرهون فالمجنى عـليه أحق برقبته من مرتهنه حتى يستوفى حقه فإن اختار سيده أن يفديه وفعل فهو رهن بحاله) .

وجملته: أن العبد المرهون إذا جنى على إنسان أو على ماله تعلقت الجناية برقبته فكانت مقدمـة على حق المرتهن لا نعلم فى هذا خـلافًا وذلك لأن الجناية مقدمـة على حق المالك والملك أقوى من الرهن فأولى أن يقدم على الرهن، **فإن قيل:** فحق المرتهن أيضًا يقدم على حق المالك، **قلـنا:** حق المرتهن ثبت من جهة المالك بعقده وحق الجناية ثبت بغير اختياره مقدمًا على حقه فيقدم على ما ثبت بعقده ولأن حق الجناية مختص بالعين يسقط بفواتها وحق المرتهن لا يسقط بفوات العين ولا يختـص بها فكان تعلقه بها «أحق وأولى»(١٢) فإن كـانت جنايته موجبة للقصاص فلولى الجناية استيـفاؤه، فإن اقتص سقط الرهن كما لو تلف وإن عفا على مال تعلق برقبة الـعبد وصار كالجناية الموجبـة للمال فيقال للسيد: أنت مـخير بين فدائه وبين تسليمه للبيع، فإن اختار فداءه فبكم يفديه؟ على روايتين: **إحداهـما:** بأقل الأمرين من قيمتـه أو أرش جنايته لأنه إن كان الأرش أقل فالمجنى عليه لا يستـحق أكثر من أرش جنايته، وإن كانت القيمة أقل فلا يلزمه أكثر منها لأن ما يدفعه عوض عن العبد فلا يلزم أكثر من قيمته كما أتلفه، **والثانـية:** يفديه بأرش جنايته بالغًا ما بلغ لأنه ربما يرغب فيه راغب فيشتريه بأكثر من قيمته فإذا فداه فهو رهن بحاله لأن حق المـرتهن قائم لوجود سببه وإنما قدم حق المجنى عليه لقوته، فـإذا زال ظهر حكم الرهن كحق من لا رهن له مع حق المرتـهن فى تركة مفلس

لاستيفاء حقه الحال فلزم إجابته، وإن كـان الراهن فهو يطلب بتبرئة ذمته وتخليص عين ملكه من الرهن، والقطع أحوط من جهـة أن فى تبقيته غررًا، ذكـر القاضى هذا فى المفلس، وهو قول أكثر أصـحاب الشافعى، وهذا فى معناه، ويحتمل أن ينظر فى الثـمرة، فإن كانت تنقص بالقطع نقصًا كثيرًا لم يجبر الممتنع من قطعـها، لأن ذلك اتلاف فلا يجبر عليه، كما لا يجبر على نقض داره ليبيع أنقاضها، ولا على ذبح فرسه ليبيع لحمها، فإن كانت الثمرة مما لا ينتفع بها قبل كمـالها، لم يجز قطعها قبله ولم يجـبر عليه بحال، لما فيـه من إضاعة المال، والله أعلم.

فـصل: **فإن كان الرهن ماشية تحتاج إلى إطراق الفحل لم يجبر الراهن عليه** ، لأنه ليس عليه ما يتضمن زيادة فى الرهن، وليس ذلك مما يحتاج إليه لبقائها، ولا يمنع من ذلك لكونه زيادة لهمـا، لا ضرر على المـرتهن فيـه، وإن احتاجت إلـى رعى فعلى الراهن أن يقـيم لها راعيًا، لأن ذلك يجرى مجرى علفها، فإن أراد الراهن السفر بها ليرعاها فى مكان آخر ـ وكان لها فى مكانها مرعى تتماسك به ـ فللمرتهن منعـه لأن فى السفر بها إخراجها عن نظره ويده، وإن أجدب مكانها فلم تجد ما تتماسك به فللراهن السـفر بها، لأنها تهلك إذا لم يسافر بها،

---

(١٢) فى هـ «أخف وأدنى».

إذا أسقط المرتهن حقـه ظهر حكم الآخر، فإن امتنع قيل للمرتهن أنت مـخير بين فدائه وبين تسليمه، فإن اختار فداءه فـبكم يفديه؟ على الروايتين، فإن فداه بإذن الراهن رجع به عليه لأنه أدى الحق عنه بإذنه فرجع به كما لو قضى دينه بإذنه وإن فداه متبرعًا لم يرجع بشيء وإن نوى الرجوع فهل يرجع بذلك؟ على وجهين بناء على ما لو قضى دينه بغير إذنه، وإن زاد فى الفداء على الواجب لم يرجع به وجهًا واحدًا، ومذهب الشـافعى كما ذكرنا فى هذا الفصل إلا أنه لا يرجع بما فداه به بغـير إذنه قولاً واحدًا، وإن شرط له الراهن الرجـوع رجع قولاً واحدًا، وإن قضاه بإذنه من غير شرط الرجوع ففيه وجهان وهذا أصل يذكر فى غير هذا الموضع، فإن فداه وشرط أن يكون رهنًا بالفـداء مع الدين الأول، فقال الـقاضى: يجوز ذلك لأن المـجنى عليه يملك بيع العبد وإبطال الرهن، فصار بمنزلة الرهن الجـائز قبل قبضه، والزيادة فى دين الرهن قبل لزومه جائزة، ولأن أرش الجناية متعلق به وإنما ينتقل من الجناية إلى الرهن، ويحتمل أن لا يصح، لأن العبد رهن بدين فلا يجوز رهنه ثانيًـا بدين سواه كما لو رهنه بدين سوى هذا، وذهب أبو حنيفة إلى أن ضمان جناية الرهن على المـرتهن فإن فداه لم يرجع بالفداء وإن فداه الراهن أو بيع فى الجناية سـقط دين الرهن إن كان بقدر الفـداء وبناء على أصله فى أن الرهن من ضمان المـرتهن، وهذا يأتى الكلام عليه إن شاء الله تعالى، وإذا لم يفد الجـانى فبيع فى الجناية التى تستغرق قيمته بطل الرهن وإن لم تسـتغرقها بيع منه بقدر أرش الجناية وباقيه رهن

إلا أنها تكون فى يد عدل يرضيان به، أو ينصبـه الحاكم ولا ينفرد الراهن بها فإن امتنع الراهن من السفر بها، فللمرتهن نقلها لأن فى بقائها هلاكـها وضياع حقه من الرهن، وإن أراد جميعًا السفر واختلفـا فى مكانها قدمنا قول من يعين الأصلح، فإن استويا قـدما قول المرتهن، وعند الشافعى يقدم قول الراهن، وإن كـان الأصلح غيره، لأنه أملك بها إلا أنه يكون مأواها إلى يد عدل.

ولنا أن اليد للمرتهن فكـان أولى، كما لو كانا فى بلد واحد، وأيهـما أراد نقلها عن البلد مع خصبه، لم يكن له سواء أراد نقلها إلى مثلها أو أخصب منه، إذ لا معنى للمسافرة بالرهن مع إمكان ترك السفر به، وإن اتـفقا على نقلها، جاز سـواء كان أنفع لها أو لا، لأن الحق لا يخرج عنهما.

فصل: وإن كان عبدًا يحتاج إلى ختان ـ والدين حال أو أجله قبل برئه ـ **منع منه**، لأنه ينقص ثمنه وفيه ضـرر، وإن كان يبرأ قبل محل الحق والزمـان معتدل لا يخاف عليـه فيه فله ذلك، لأنه من الواجبـات ويزيد فى الثمن ولا يضر بـالمرتهن ومؤنة ختـانه على الراهن، وإن مرض فاحتاج إلى دواء لم يجـبر الراهن عليه، لأنه لا يتحقق أنه سبب لبقـائه، وقد يبرأ بغير علاج بخلاف النفقة، وإن أراد الراهن مداواته بما لا ضرر فيه لم يمنع منه، لأنه مصلحة لهما منه غير ضرر بواحـد منهما، فإن كان الدواء ممـا يخاف غائلته كالسمـوم فللمرتهن منعه منه،

إلا أن يتعذر بيع بعضه فيباع الكل ويجعل بقية الثمن رهنًا، وقال أبو الخطاب: هل يباع منه بقدر الجناية أم يباع جميعه ويكون الفاضل من ثمنه عن أرش جنايته رهنًا؟ على وجهين.

فصل: وإن كانت الجناية على سيد العبد فلا يخلو من حالين: أحدهما: أن تكون الجناية غير موجبة للقود كجناية الخطأ أو شبه العمد أو إتلاف مال فيكون هدرًا لأن العبد مال لسيده فلا يثبت له مال فى ماله، **الثانى:** أن تكون موجبة للقود فلا يخلو من أن تكون على النفس أو على ما دونها فإن كانت على ما دون النفس فالحق للسيد فإن عفا على مال سقط القصاص ولم يجب المال، لما ذكرنا وكذلك إن عفا على غير مال، وإن أحب أن يقتص فله ذلك، لأن السيد لا يملك الجناية على عبده فيثبت له ذلك بجنايته عليه، ولأن القصاص يجب للزجر والحاجة تدعو إلى زجره عن سيده فإن اقتص فعليه قيمته تكون رهنًا مكانه وقضاء عن الدين، لأنه يخرجه عن كونه رهنًا باختياره فكان عليه بدله كما لو أعتقه وإن كانت الجناية على النفس فللورثة استيفاء القصاص وليس لهم العفو على مال وذكر القاضى وجهًا آخر أن لهم ذلك لأن الجناية حصلت فى ملك غيرهم فكان لهم العفو على مال كما لو جنى على أجنبى، وللشافعى قولان كالمذهبين فإن عفا بعض الورثة سقط القصاص وهل يثبت لغير العافى نصيبه من الدية على الوجهين، ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كله على نحو ما ذكرناه؟.

فصل: وإن جنى العبد المرهون على عبد لسيده لم يخل من حالين: أحدهما: أن لا يكون مرهونًا فحكمه حكم الجناية على ظرف سيده له القصاص إن كانت جنايته موجبة له وإن عفا على مال أو غيره أو كانت الجناية لا توجب القصاص ذهبت هدرًا وسواء كان المجنى

لأنه لا يأمن تلفه، وإن احتاج إلى قصد أو احتاجت الدابة إلى توديج، ومعناه: فتح الودجين ليسيل الدم، وهما عرقان غليظان من جانبى ثغرة النحر، أو تبزيغ وهو فتح الرهصة، فللراهن فعل ذلك ما لم يخف منه ضرر، وإن احتيج إلى قطع شيء من بدنه بدواء لا يخاف منه جاز، وإن خيف منه فأيهما امتنع منه لم يجبر، وإن كانت به آكلة كان له قطعها، لأنه يخاف من تركها لا من قطعها، وإن كان به خبيثة فقال أهل الخبرة: الأحوط قطعها وهو أنفع من بقائها، فللراهن قطعها وإلا فلا، وإن تساوى الخوف عليه فى الحالين لم يكن له قطعها، لأنه يحدث جرحًا فيه لم يترجح إحداثه، وإن كانت به سلعة أو أصبع زائدة لم يملك الراهن قطعها، لأن قطعها يخاف منه، وتركها لا يخاف منه، وإن كانت الماشية جربة، فأراد الراهن بما يرجى نفعه ـ ولا يخاف ضرره ـ كالقطران والزيت اليسير لم يمنع، وإن خيف ضرره كالكثير فللمرتهن منعه، وقال القاضى: له ذلك بغير إذن المرتهن لأن له معالجة ملكه، وإن امتنع من ذلك لم يجبر عليه، ولو أراد المرتهن مداواتها بما ينفعها ولا يخشى ضرره لم يمنع، لأن فيه إصلاح حقه بما لا يضر بغيره، وإن خيف منه الضرر لم يمكن منه، لأن فيه خطرًا بحق غيره.

عليه قنًا أو مدبرًا أو أم ولد، **الحال الثانى**: أن يكون رهنًا فلا يخلو إما أن يكون رهنًا عند مرتهن القاتل أو عند غيره فإن كان عند مرتهن القاتل والجناية موجبة للقصاص فلسيده القصاص فإن اقتص بطل الرهن فى المجنى عليه وعليه قيمته للمقتص منه فإن عفا على مال أو كانت الجناية موجبة للمال وكانا رهنًا بحق واحد لجنايته هدر لأن الحق يتعلق بكل واحد منهما فإذا قتل أحدهما بقى الحق متعلقًا بالآخر، وإن كان كل واحد منهما مرهونًا بحق مفرد ففيه أربع مسائل: **إحداها**: أن يكون الحقان سواء وقيمتهما سواء فتكون الجناية هدرًا سواء كان الحقان من جنسين مثل أن يكون أحدهما بمائة دينار والآخر ألف درهم قيمتها مائة دينار أو من جنس واحد لأنه لا فائدة فى اعتبار الجناية، **المسألة الثانية**: أن يختلف الحقان وتنفق القيمتان مثل أن يكون دين أحدهما مائة ودين الآخر مائتين وقيمة كل واحد منهما مائة، فإن كان دين القاتل أكثر لم ينقل إلى دين المقتول لعدم الغرض فيه، وإن كان دين المقتول أكثر نقل إلى القاتل لأن للمرتهن غرضًا فى ذلك، وهل يباع القاتل وتجعل قيمته رهنًا مكان المقتول أو ينقل بحاله؟ على وجهين: **أحدهما**: لا يباع لأنه لا فائدة فيه، **والثانى**: يباع لأنه ربما زاد فيه مزايد فبلغه أكثر من ثمنه فإن عرض للبيع فلم يزد فيه لم يبع لعدم ذلك، **المسألة الثالثة**: أن يتفق الدينان وتختلف القيمتان بأن يكون دين كل واحد منهما مائة وقيمة أحدهما مائة والآخر مائتين فإن كانت قيمة المقتول أكثر فلا غرض فى النقل فيبقى بحاله، وإن كانت

فصل: فإن كان الرهن نخلاً فاحتاج إلى تأبير فهو على الراهن وليس للمرتهن منعه منه لأن فيه مصلحة بغير مضرة وما يسقط من ليف أو سعف أو عراجين فهو من الرهن لأنه من أجزائه أو من نمائه، وقال أصحاب الشافعى: ليس من الرهن بناءً منهم على أن نماء الرهن ليس منه، ولا يصح ذلك ههنا لأن السعف من جملة الأعيان التى ورد عليها عقد الرهن فكانت منه كالأصول وانقاض الدار وإن كان الرهن كرمًا فله زباره لأنه لمصلحته ولا ضرر فيه والزرجون من الرهن، وإن كان الشجر مزدحمًا وفى قطع بعضه صلاح لما يبقى فله ذلك، وإن أراد تحويله كله لم يملك ذلك، وإن قيل هو الأولى لأنه قد لا يعلق فيفوت الرهن، وإن امتنع الراهن من فعل هذا كله لم يجبر عليه، لأنه لا يلزمه فعل ما فيه زيادة الرهن.

فصل: وكل زيادة تلزم الراهن إذا امتنع منها أجبره الحاكم عليها فإن لم يفعل اكترى الحاكم من ماله فإن لم يكن له مال اكترى من الرهن، فإن بذلها المرتهن متطوعًا لم يرجع بشىء، وإن كان بإذن الراهن محتسبًا بالرجوع رجع، فإن أنفق بإذن الراهن ليكون الرهن رهنًا بالنفقة والدين الأول لم يصح ولم يصر رهنًا بالنفقة لما ذكرنا، وإن قال الراهن: أنفقت متبرعًا وقال المرتهن، بل أنفقت محتسبًا بالرجوع فالقول قول المرتهن لأن الخلاف فى نيته وهو أعلم بها وعليه اليمين، لأن ما قاله الراهن محتمل، وكل مؤنة لا تلزم الراهن كنفقة المداواة والتأبير وأشباههما لا يرجع بها المرتهن إذا أنفقها سواء أنفقها محتسبًا أو متبرعًا.

قيمة الجـانى أكثر بيع منه بقدر جنايته يكون رهنًا بدين المـجنى عليه والباقى رهن بدينه، وإن اتفقا على تبقيته ونقل الدين إليه صـار مرهونًا بهما، فإن حل أحد الدينين بيع بكل حال، لأنه إن كان دينه المعجل بيـع ليستوفى من ثمنه ما بقى منه رهن بالدين الآخر، فـإن كان المعجل بالآخر بيع ليـستوفى منه بقـدره والباقى رهن بدينه، **المـسـألة الرابعـة**: أن يخـتلـف الدينان والقيمتان مثل أن يكون أحد الدينين خمسين والآخـر ثمانين وقيمة أحدهما مائة والآخر مائتين فإن كان دين المقتـول أكثر نقل إليه وإلا فلا، وأما إن كان المجنى عليـه رهنًا عند غير مرتهن القاتل فللسيـد القصاص لأنه مقدم على حق المـرتهن بدليل أن الجناية الموجبة للمال مـقدمة عليه فالقصاص أولى فإن اقـتص بطل الرهن فى المجنى عليه، لأن الجناية عليه لم توجب ما لا يجعل رهنًا مكانه وعليه قيمة المقتص منـه تكون رهنًا، لأنه أبطل حق الوثيقة فيه باختياره، وللسيد العفو على مال فـتصير الجناية كالجناية الموجبة للمال فيثـبت المال فى رقبة العبد لأن السيد لو جنى على العـبد لوجب أرش جنايته لحق المرتهن فبأن يثـبت على عبده أولى، فإن

20- مـسـألة: (**وهو أمانة فى يد المرتهن إن تلف بغيـر تعد منه فلا شىء عليه ولا يسقط بهلاكه شىء من دينه**).

وجــملة **ذلك** أن بالرهن إذا تلف فى يد المرتهن فإن كان تلفـه بتعد أو تفريط فى حفظه ضمنه لا نـعلم فى ذلك خلافًـا، لأنه أمانة فى يده فلزمـه ضمانه إذا تـلف بتعديه أو تـفريطه كالوديعة فأما إن تلف بغير تعد منه ولا تفريط فلا ضمان عليه وهو من مال الراهن يروى ذلك عن على رضي الله عنه، وبه قال عطاء والزهرى والأوزاعى والشافعى وأبو ثور وابن المنذر، وروى عن شريح والنخعى والحسن أن الرهن يضمن بجميع الديـن وإن كان أكثر من قيمته لأنه روى عن النبى ﷺ أنه قـال: «الرهن بمـا فيـه»(5) وقال مـالك: إن كان تلفـه بأمر ظاهر كـالموت والحريق فمن ضمان الراهن، وإن ادعى تلف بأمر خـفى لم يقبل قوله ويضمن، وقال الثورى وأبو حنيفة: يضمنه المرتهن بأقل الأمرين من قـيمته أو قدر الدين ويروى ذلك عن عمر رضي الله عنه لما روى عطاء أن رجـلاً رهن فرسًا فـنفق عند المرتهن فجـاء إلى النبى ﷺ فأخـبره بذلك فـقال: «ذهب حـقك»(6) ولأنها عين مقبـوضة للاستيفاء فيضمنهـا من قبضها لذلك، أو من قبضها نائبه كحقيقة المستوفى، ولأنه مـحبوس بدين فكان مضمونًا كالمبيع إذا حبس لاستيفاء ثمنه.

(5) أخرجه البـيهقى فى السنن (٦/ ١٠) والدارقطنى (٣/ ٣٢/ ح ١٢٣) وفيـه أحمد بن محـمد بن غالب وهو غلام خليل كذابًا يضع الحديث وأيضًا عبد الكريم بن روح ضعفه الدارقطنى.

(6) أخرجه البيهقى فى السنن (٦/ ٤١) وقال: وقد كفانا الشافعى رحمه الله بيان وهن هذا الحديث، وذكره الزيلعى فى نصب الراية (٤/ ٣٢١) وقال وقال عـبد الحق فى أحاكمه: هو مرسل وضـعيف، قال ابن القطان فى كتابه: ومصعب بن ثابت بن عبد الله بن الزبير ضعيف كثير الغلط وإن كان صدوقًا.

كان الأرش لا يستغـرق قيمته بعنا منه بقدر أرش الجناية يكون رهنًا عند مـرتهن المجنى عليه وباقيه باق عند مرتهنه، وإن لم يمكن بيع بعضه بيع جميعه وقسم ثمنه بينهما على حسب ذلك رهنًا، وإن كانت الجناية تستغـرق قيمته نقل الجانى فجعل رهنًا عند الآخـر، ويحتمل أن يباع لاحتمال أن يرغب فيه راغب أكثر من ثمنه فيفضل من قيمته شىء يكون رهنًا عند مرتهنه وهذا كله قول الشافعى.

فــــصل: فإن كانت الجـناية على موروث سيده فـيما دون النفس كأطرافـه أو ماله فهى كالجناية على أجنبى وله القـصاص إن كانت موجـبة له والعفو على مـال غيره، وإن كـــانت موجبة للمال ابتداء ثبت فإن انتقل ذلك إلى السيد بموت المستحق فله ما لمورثه من القصاص والعفو على مال لأن الاستدامة أقوى من الابتداء فجاز أن يثبت بهـا ما لا يثبت فى الابتداء، وإن كانت الجناية على نفسـه بالقتل ثبت الحكم لسيده وله أن يقتص فيـما يوجب القصاص، وإن عفـا على مال أو كـانت الجناية موجـبة للمال ابتـداء فهل يثـبت للسيد، فـيه وجـهان: **أحدهـما**: يثبت وهو قول بعض أصحاب الشافعى لأن الجناية على غيره فأشبهت الجناية على مـا دون النفس، **والثـانى**: لا يثبت له ماله فى عبده ولا له العفو عليه وهو قول أبى ثور لأنه حق يثـــبت(*) للسيد ابتـداء فلم يكن له ذلك كما لو كانت الجناية عليـه، وأصل الوجهين وجوب الـحق فى ابتدائه هل يثـبت للقتـيل ثم ينتـقل إلى وارثه أو يثبت للوارث ابتـداء على وجهين، وكل موضع يثبت له المال فى رقبة عبده فإنه يقدم على الرهن، لأنه يثبت للموروث

ولنا ما روى ابن أبى ذؤيب عن الزهرى عن سعيـد بن المسيب أن النبى ﷺ قال: «لا يغلق الرهن لصاحبه غنمه وعليه غرمه»(7) رواه الأثرم عن أحمد بن عبد الله بن يونس عن ابن أبى ذؤيب ورواه الشافـعى عن ابن أبى فديك عن ابــن أبى ذؤيب ولفظه: «الرهن من صاحبـه الذى رهنه وباقيه سواء»(8) قال: ووصله ابن المسيب عن أبى هريرة عن النبى ﷺ مثله أو مثل معناه من حديث ابن أبى أنيسة، ولأنه وثيـقة بالدين فلا يضمن كالزيادة على قدر الدين، ولأنه مقبوض بعقد واحد بعضه أمانة فكان جميعه أمانة كالوديعة، وعلى مالك أن ما لا يضمن به العقـار لا يضمن به الذهب كـالوديعة فأمـا حديث عطاء فـهو مرسل وقـوله يخالفـه، قال الدارقطنى: يرويه إسماعـيل بن أمية وكان كذابًا وقـيل يرويه مصعب بن ثابت وكان ضعـيفًا، ويحتـمل أنه أراد ذهب حقك مـن الوثيقة بدلـيل أنه لم يسأل عن قـدر الدين وقيمـة الرهن،

(*) فى هـ «ثبت».

(7) أخرجه ابن ماجه (٢/ ح ٣٤٤١) وإسنـاده ضعيف فيه محمد بن حمـيد الرازى ومالك فى الموطأ (٢/ ٧٢٨/ ح ١٣) قال أبو عمر: أرسـله رواة الموطأ إلا معن بن عيسى فوصله عن أبى هريرة، والـبيهقى فى السنن (٦/ ٤٤) وقال: هذا مرسل.

قلت: ومع ذلك فمعاوية الذى أرسله ليس بالمشهور فالحديث إسناده ضعيف.

(8) هذا إسناد منقطع.

كذلك فينتقل إلى وارثه كذلك وإن اقتصر فى هذه الصورة لا يلزمه بدل الرهن، لأنه إذا قدم المال على حق المرتهن فالقصاص أولى، ولأن القصاص يثبت للموروث مقدمًا على حق المرتهن فى حق وارثه.

فصل: وإن كانت الجناية على مكاتب السيد فهى كالجناية على ولده وتعجيزه كموت ولده فيما ذكرنا، والله أعلم.

فصل: فإن جنى العبد المرهون بإذن سيده وكان ممن يعلم تحريم الجناية وأنه لا يجب عليه قبول ذلك من سيده فهى كالجناية بغير إذنه، وإن كن أعجميًا أو صبيًا لا يعلم ذلك فالسيد هو القاتل والقصاص والدية متعلقان به لا يباع العبد فيها موسرًا كان السيد أو معسرًا كما لو باشر السيد القتل، وذكر القاضى وجهًا آخر أن العبد يباع إذا كان السيد معسرًا، لأنه باشر الجناية، والصحيح الأول، لأن العبد آلة فلو تعلقت الجناية به بيع فيها وإن كان السيد موسرًا، وحكم إقرار العبد بالجناية حكم إقرار العبد غير المرهون على ما مضى بيانه فى موضعه.

٧٩٢- **مسألة:** قال: **(وإن جرح العبد المرهون أو قتل فالخصم فى ذلك سيده وما قبض بسبب ذلك من شىء فهو رهن).**

وجملته: أنه إذا جنى على الرهن فالخصم فى ذلك سيده، لأنه مالكه والأرش الواجب بالجناية ملكه وإنما للمرتهن فيه حق الوثيقة فصار كالعبد المستأجر والمودع، وبهذا قال

والحديث الآخر إن صح فيحتمل أنه محبوس بما فيه، وأما المستوفى فإنه صار ملكًا للمستوفى وله نماؤه وغنمه فكان عليه ضمانه وغرمه بخلاف الرهن والمبيع قبل القبض ممنوع إذا ثبت ذلك فإنه لا يسقط بهلاكه شىء من دينه، وهو قول الشافعى، لأن الدين كان ثابتًا فى ذمة الراهن قبل التلف ولم يوجد ما يسقطه فبقى بحاله.

21- **مسألة:** (وإن تلف بعضه فباقيه رهن بجميع الدين).

لأن جميعه كان رهنًا بجميع الدين، فإذا تلف البعض بقى البعض الآخر رهنًا بجميع الدين لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان، ولأن الباقى بعض الجملة، وقد كان الجميع رهنًا فيكون البعض رهنًا لأنه من الجملة.

فصل: وإذا قضاه حقه وابرأه من الدين بقى الرهن أمانة فى يد المرتهن، وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة: إذا قضاه كان مضمونًا وإذا أبرأه لم يكن مضمونًا استحسانًا وهذا مناقضة، لأن القبض المضمون منه لم يزل ولم يبرئه منه، وعندنا إنه كان أمانة وبقى على ما كان عليه وليس عليه رده لأنه أمسكه بإذن مالكه ولا يختص بنفعه فهو كالوديعة بخلاف العارية فإنه يختص بنفعها وبخلاف ما لو أطارت الريح إلى داره ثوبًا فإنه يلزمه رده إلى مالكه، لأن مالكه لم يأذن فى إمساكه، فأما إن طالبه المالك فى هذه الحال لزم من هو فى يده من المرتهن أو

الشافـعى وغيره، فـإن ترك المطالبة أو أخرها أو كـان غائبًا أو له عـذر يمنعه منهـا فللمرتهن المطالبة بها، لأن حـقه متعلق بموجبـها فكان له الطلب به كما لو كان الجـانى سيده، ثم إن كانت الجناية موجبة للقـصاص فللسيد القصاص لأنه حق له وإنما يثبت ليـستوفى، فإن اقتص أخذت منه قيمة أقلهما قيمة فجعلت مكانه رهنًا، نص عليه أحمد فى رواية ابن منصور، وهذا قول إسحاق ويتخرج أن لا يجب عليه شىء وهو مذهب الشافعى، لأنه لم يجب بالجناية مال ولا استحق بحال وليس على الراهن أن يسعى للمرتهن فى اكتساب مال.

ولنا: أنه أتلف مالاً استحق بسـبب إتلاف الرهن فغرم قيمته كما لو كـانت الجناية موجبة للمـال وهكذا الحكم فيـما إذا ثبت القـصاص للسـيد فى عـبده المـرهون وإنما أوجـبنا أقل القيـمتين، لأن حق المرتهن إنمـا يتعلق بالماليـة والواجب من المال هو أقل القيمـتين، لأن الرهن إن كان أقل لم يجب أكثر من قـيمته وإن كان الجانى أقل لم يجب أكثر مـن قيمته وإن عفا على مال صح عفوه ووجب أقل القيمتين لما ذكرنا، هذا إذا كان القصاص قتلاً، وإن كان جرحًا أو قلع سـن ونحوه فالواجب بالعفـو أقل الأمرين من أرش الجرح أو قيـمة الجانى وإن عفا مطلقًا أو على غير مال انبنى ذلك على موجب العمـد ما هو؟ فإن قلنا موجبة أحد شيئين ثبت المال، وإن قلنا موجبة القصاص عينًا فـحكمه حكم ما لو اقتص، إن قلنا ثم يجب قيمته على الراهن وجب هـهنا، وهو اخـتيار أبى الخطاب، لأنه فوت بدل الرهن بفعله أشـبه ما لو اقتص، وإن قلنا لا يجب على الراهن شىء ثم لم يجب ههنا شىء وهو قول القاضى ومذهب

العدل دفعه إليه إذا أمـكنه، فإن امتنع صار ضامنًا كالمودع إذا امتنع من رد الوديعـة بعد طلبها فإن كان امتناعه لعذر مثل أن يكون بينهمـا طريق مخوف أو باب مغلق لا يمكنه فتحه أو خاف فوت جـمعة أو جـماعـة أو فوت وقت صلاة أو كـان به مرض أو جوع شـديد ونحوه فـأخر التسليم لذلك لم يضمن لأنه لا تفريط منه أشبه المودع.

فـصل: وإذا قبض الرهن فوجده مستـحقًا لزمه رده على مالكه والرهن باطل من أصله، فإن أمسكه مع علمه بالغـصب حتى تلف فى يده استقر الضمان عليه وللمـالك وتضمين أيهما شاء فـإن ضمن بالمرتهـن لم يرجع على أحد لذلك، وإن ضمن الراهـن رجع عليه، وإن لم يعلم بالغصب حتى تلف بتفريطه ففيه ثلاثة أوجه: أحدها: يستقر الضمان عليه أيضًا، لأن مال الغير تلف تحت يده العادية أشبه ما لو علم والثانى: لا ضمان عليه، لأنه قبضه على أنه أمانة من غير علمه فهو كالوديعة، فعلى هذا يرجع المالك على الغاصب لا غير، **الثالث:** للمالك تضمين أيهما شاء ويستقر الضمان على الغاصب، لأنه غره فرجع عليه كالمغرور بحرية أمة.

22- مسألة: (ولا ينفك شىء من الرهن حتى يقضى جميع الدين).

وجملة ذلك أن حق الوثيقة يتعلق بجميع الرهن فيصير محبوسًا بكل الحق وبكل جزء منه لا ينفك منه شىء حـتى يقضى جـميع الدين سـواء كان ممـا يمكن قسـمتـه أو، لا قال ابن

الشافعى لأنه اكتساب مال فلا يجبر عليه، وأما إن كانت الجناية موجبة للمال أو ثبت المال بالعفو عن الجناية الموجبة للقصاص فإنه يتعلق به حق الراهن والمرتهن ويكون من غالب نقد البلد كقيم المتلفات فلو أراد الراهن أن يصالح عنها أو يأخذ حيوانًا عنها لم يجز إلا بإذن المرتهن فإن أذن فيه جاز لأن الحق لهما أن يخرج عنهما وما قبض من شىء فهو رهن بدلاً عن الأول نائبًا عنه وقائمًا مقامه فإن عفا الراهن عن المال، فقال القاضى: يسقط حق الراهن دون حق المرتهن فتؤخذ القيمة تكون رهنًا فإذا زال الرهن رجع الأرض إلى الجانى كما لو أقر أن الرهن مغصوب أو جان، وإن استوفى الدين من الأرض احتمل أن يرجع الجانى على العافى، لأنه ماله ذهب فى قضاء دينه فلزمته غرامته كما لو غصبه أو استعاره فرهنه واحتمل أن لا يرجع عليه، لأنه لم يوجد منه فى حق الجانى ما يقتضى وجوب الضمان وإنما استوفى بسبب كان منه حال ملكه، فأشبه ما لو جنى إنسان على عبده، ثم وهبه لغيره فتلف بالجناية السابقة، وقال أبو الخطاب يصح العفو مطلقًا ويؤخذ من الراهن قيمته تكون رهنًا لأنه أسقط دينه عن غريمه فصح كسائر ديونه قال: ولا يمكن كونه رهنًا مع عدم حق الراهن فيه فلزمته القيمة لتفويته حق المرتهن، فأشبه ما لو تلف بدل الرهن، وقال الشافعى: لا يصح العفو أصلاً، لأن حق المرتهن متعلق به فلم يصح العفو كالرهن نفسه وكما لو وهب الرهن أو

المنذر(9): أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن من رهن شيئًا بمال فأدى بعض المال وأراد إخراج بعض الرهن أن ذلك ليس له ولا يخرج شىء حتى يوفيه آخر حقه أو يبرئه من ذلك قال مالك والثورى والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى: لأن الرهن وثيقة بحق فلا يزول إلا بزوال جميعه كالضمان والشهادة.

23- **مسألة:** (وإن رهنه عند رجلين فوفى أحدهما انفك فى نصيبه).

إذا رهن عينًا عند رجلين فنصفها رهن عند كل واحد منهما بدينه فمتى وفى أحدهما خرجت حصته من الرهن لأن عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقدين فكأنه رهن كل واحد منهما النصف منفردًا فإن أراد مقاسمة المرتهن وأخذ نصيب من وفاه، وكان الرهن مما لا تنقصه القيمة كالمكيل والموزون فله ذلك، وإن كان مما تنقصه القسمة لم تجب قسمته، لأن على المرتهن ضررًا فيها ويقر فى يد المرتهن بعضه رهن وبعضه وديعة، وقال أبو الخطاب فيمن رهن عبده عند رجلين فوفى أحدهما يبقى جميعه رهنًا عند الآخر حتى يوفيه، وكلامه محمول على أنه ليس للراهن مقاسمة المرتهن لما عليه من الضرر لا بمعنى أن العين كلها رهنًا إذ لا يجوز أن يقال أنه رهن نصف العبد عند رجل فصار جميعه رهنًا.

24- **مسألة:** (وإن رهنه رجلان فوفاه أحدهما انفك فى نصيبه).

لما ذكرنا وقد قال أحمد: فى رواية مهنا فى رجلين رهنا دارًا لهما عند رجل على ألف

(9) ذكره ابن المنذر فى الإجماع (ص١١٠/ ٥٢٨).

غصب فعفى عن غاصبه وهذا أصح فى النظر، وإن قال المرتهن أسقطت حقى من ذلك سقط لأنه ينفع الراهن ولا يضره، وإن قال أسقطت الأرض أو أبرأت منه لم يسقط، لأنه ملك للراهن فلا يسقط بإسقاط غيره وهل يسقط حقه؟ فيه وجهان: **أحدهما**: يسقط وهو قول القاضى، لأن ذلك يتضمن إسقاط حقه، فإذا لم يسقط حق غيره سقط حقه كما لو قال أسقطت حقى وحق الراهن، **والثانى**: لا يسقط، لأن العفو والإبراء منه لا يصح فلم يصح ما تضمنه.

فصل: وإذا أقر رجل بالجناية على الرهن فكذباه فلا شيء لهما، وإن كذبه المرتهن وصدقه الراهن فله الأرش ولا حق للمرتهن فيه، فإن صدقه المرتهن وحده تعلق حقه بالأرش وله قبضه، فإذا قضى الراهن الحق أو أبرأه المرتهن رجع الأرش إلى الجانى ولا شيء للراهن فيه، وإذا استوفى حقه من الأرش لم يملك الجانى مطالبة الراهن بشيء، لأنه مقر له باستحقاقه.

فصل: ولو كان الرهن أمةً حاملاً فضرب بطنها أجنبى فألقت جنينًا ميتًا ففيه عشر قيمة أمه، وإن ألقته حيًا ثم مات لوقت يعيش مثله ففيه قيمته ولا يجب ضمان نقص الولادة، لأنه لا يتميز نقصها عما وجب ضمانه من ولدها، ويحتمل أن يضمن نقصها بالولادة، لأنه حصل بفعله فلزمه ضمانه كما لو غصبها ثم جنى عليها، ويحتمل أن يجب أكثر الأمرين من نقصها أو ضمان جنينها، لأن سبب ضمانها وجد، فإذا لم يجتمع ضمانهما وجب ضمان أكثرهما،

فقضاه أحدهما ولم يقض الآخر فالدار رهن على ما بقى، وهذا من كلام أحمد محمول أيضًا على أنه ليس للراهن مقاسمة المرتهن لما عليه من الضرر لا بمعنى أن العين كلها تكون رهنًا عند الآخر، لأنه إنما رهنه نصفها.

فصل: ولو رهن اثنان عبدًا لهما عند اثنين بألف فهذه أربعة عقود ويصير كل ربع من العبد رهنًا بمائتين وخمسين فمتى قضاها من هى عليه انفك من الرهن ذلك القدر، ذكره القاضى وهو الصحيح.

25- مسألة: (وإذا حل الدين وامتنع من وفائه فإن كان الراهن أذن للمرتهن أو العدل فى بيع الرهن باعه ووفى الدين وإلا رفع الأمر إلى الحاكم فيجبره على وفاء الدين أو بيع الرهن فإن لم يفعل باعه الحاكم وقضى دينه).

وجملة ذلك أنه إذا حل الدين لزم الإيفاء، لأنه دين حال فلزم إيفاؤه كالذى لا رهن به فإن لم يوف وكان قد أذن للمرتهن أو للعدل فى بيع الرهن باعه ووفى الحق من ثمنه، لأن هذا هو المقصود من الرهن وقد باعه بإذن صاحبه فى قضاء دينه فصح كما فى غير الرهن وما فضل من ثمنه فهو للمالك، وإن فضل من الدين شيء فعلى الراهن، وإن لم يكن أذن لهما فى بيعه أو كان قد أذن لهما ثم عزلهما طولب بالوفاء أو بيع الرهن فإن أبى فعلى الحاكم ما

وإن ضرب بطن بهيمة فـألقت ولدها ميتًا، ففيه ما نقصتـها الجناية لا غير وما وجب من ذلك كله فهو رهن مع الأم، وقال الشافعى: ما وجب لنقص الأم أو لنقص البـهيمة فهو رهن معها وكذلك مـا وجب فى ولدها، وما وجـب فى جنين الأمة فليس برهن، لأن نمـاء الرهن ليس برهن.

ولنا: أن هذا ضـمان يجب بسـبب الجناية على الرهن فكان من الرهن كـالواجب لنقص الولادة وضمان ولد البهيمة، وقولهم: إن نماء الرهن لا يدخل فى الرهن غير مسلم.

٧٩٣- مسألة: قال: **(وإذا اشترى منه سلعة على أن يرهنه بها شيئًا من ماله يعرفانه أو على أن يعطيه بالثمن حميلاً يعرفانه فالبيع جائز، فإن أبى تسليم الرهن أو أبى الحميل أن يتحمل فالبائع مخير فى فسخ البيع وفى إقامته بلا رهن ولا حميل)**.

الحميل: الضمين، وهو فعيل بمعنى فاعل، يقال ضـمين وحميل وقبيل وكفيل وزعيم وصبير بمعنى واحد، **وجملة ذلك**: أن البيع بشرط الرهن أو الضمين صحيح والشرط صحيح أيضًا، لأنه من مصلحة العقـد غير مناف لمقتضاه ولا نعلم فى صحته خـلافًا إذا كان معلومًا، ولذلك قال الخرقى: يعـرفانه فى الرهن والضمين معًـا، ومعرفة الرهن تحصل بأحد شـيئين: المشاهدة أو الصفة التى يعلم بها الموصوف، كـما فى السلم ويتعين بالقبض، وأما الضمين: فيعلم بالإشارة إليه أو تعريفه بالاسم والنسب، ولا يصح بالصفة بأن يقول رجل غنى، من غير تعيين، لأن الصفة لا تأتى عليه، ولو قال بشرط رهن أو ضمين كان فاسدًا، لأن ذلك يختلف

يرى من حبسه أو تعزيره ليبيعه أو يبيعـه الحاكم بنفسه أو نائبه، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: لا يبيعه الحاكم لأن ولاية الحاكم على من علـيه الحق لا على ماله فلم ينفذ بيعه بغير إذنه.

ولنا أنه حق تعين عليه فـإذا امتنع من أدائه قام الحاكم مقامـه فى أدائه كالإيفاء من جنس الدين وإن وفى الدين من غير الرهن انفك الرهن.

فصل: قال الشيخ رحمه الله: **(وإن شرط فى الرهن جعله على يد عدل صح وقام قبضه مقام قبض المرتهن)**.

وجـملة ذلك أن المتراهنين إذا شرطا كون الرهن على يدى رجل رضياه واتفقا عليه جاز وكان وكيلاً للمرتهن نائبًـا عنه فى القبض فمتى قبضه صح قبضه وقـام مقام قبض المرتهن فى قول أكثر الفقهاء منهم عطاء وعمرو بن ديـنار ومالك والثورى وابن المبارك والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصـحاب الرأى وقـال الحكم والحـارث العكلى وقـتـادة وابن أبى ليلى: لا يكون مقبوضًا بذلك لأن القبض من تمام العقد فتعلق بالمتعاقدين كالإيجاب والقبول.

ولنا أنه قبض فى عقـد فجاز فيه التوكـيل كسائر القبول وفارق القـبول، لأن الإيجاب إذا كان لشخص كان القبول منه، لأنه مخاطب به ولو وكل فى الإيجاب والقبول، قبل أن يوجب

وليس له عرف ينصرف إليه بإطلاق، ولو قال بشرط رهن أحد هذين العبدين أو يضمننى أحد هذين الرجلين لم يصح، لأن الغرض يختلف فلم يصح مع عدم التعيين كالبيع وهذا مذهب الشافعى، وحكى عن مالك وأبى ثور: أنه يصح شرط الرهن المجهول ويلزمه أن يدفع إليه رهنًا بقدر الدين، لأنه وثيقة فجاز شرطها مطلقًا كالشهادة، وقال أبو حنيفة: إذا قال على أن أرهنك أحد هذين العبدين جاز، لأن بيعه جائز عنده.

ولنا: أنه شرط رهنًا مجهولاً فلم يصح كما لو شرط رهن ما فى كُمِّه، ولأنه عقد يختلف فيه المعقود عليه فلم يصح مع الجهل كالبيع، وفارق الشهادة، فإن لها عرفًا فى الشرع حملت عليه والكلام مع أبى حنيفة قد مضى فى البيع، فإن الخلاف فيهما واحد، إذا ثبت هذا: فإن المشترى إن وفى بالشرط فسلم الرهن أو حمل عنه الحميل لزم البيع وإن أبى تسليم الرهن أو أبى الحميل أن يتحمل عنه فللبائع الخيار بين فسخ البيع وبين إمضائه والرضا به بلا رهن ولا حميل، فإن رضى به لزمه البيع، وهذا قول الشافعى وأصحاب الرأى ولا يلزم المشترى تسليم الرهن، وقال مالك وأبو ثور: يلزم الرهن إذا كان مشروطًا فى عقد البيع ويجبر عليه المشترى وإن وجده الحاكم دفعه إلى البائع، لأن عقد البيع وقع عليه فأشبه الخيار، وقال القاضى: ما عدا المكيل والموزون يلزم فيه الرهن بمجرد العقد، وقد مضى الكلام معهم فى أول الباب، ولأنه رهن فلم يلزم قبل القبض كما لو لم يكن مشروطًا فى البيع أو كغير المكيل والموزون وإنما لزم الخيار والأجل بالشرط، لأنه من توابع البيع لا ينفرد بنفسه، والرهن عقد منفرد

له صح أيضًا وما ذكروه ينتقض بالقبض فى البيع فيما يعتبر القبض فيه، إذا ثبت هذا فإنه يجوز أن يجعلا الرهن على يدى من يجوز توكيله وهو الجائز التصرف مسلمًا كان أو كافرًا عدلاً أو فاسقًا ذكرًا أو أنثى ولا يكون صبيًا، لأنه غير جائز التصرف مطلقًا فإن فعلا كان قبضه وعدم القبض واحدًا ولا عبدًا بغير إذن سيده، لأن منافع العبد لسيده فلا يجوز تضييعها فى الحفظ بغير إذنه فإن أذن له السيد جاز، وأما المكاتب فيجوز بجعل، لأن له الكسب وبذل منافعه بغير إذن السيد ولا يجوز بغير جعل لأنه ليس له التبرع بمنافعه.

26- **مسألة: (فإن شرط جعله فى يد اثنين فليس لأحدهما الانفراد بحفظه).**

لأن المتراهنين لم يرضيا إلا بحفظهما معًا فلم يجز لأحدهما الانفراد به كالوصيين فإن سلمه أحدهما إلى الآخر فعليه ضمان النصف، لأنه القدر الذى تعدى فيه، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى، وفى الآخر إذا رضى أحدهما بإمساك الآخر جاز، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة: إن كان مما ينقسم اقتسماه وإلا فلكل واحد منهما إمساك جميعه، لأن اجتماعهما على حفظه يشق عليهما فحمل الأمر على أن لكل واحد منهم الحفظ.

ولنا أن المتراهنين لم يرضيا إلا بحفظهما معًا فلم يجز لأحدهما الانفراد بذلك كالوصيين

بنفسه ليس من التوابع، ولأن الخيار والأجل يثبت بالقول ولا يفتقر إلى تسليم فاكتفى فى ثبوته بمجرد القول بخلاف الرهن فأما الضمين فلا خلاف فى أنه لا يلزمه الضمان إذ لا يلزمه شغل ذمته وأداء دين غيره باشتراط غيـره، ولو وعده بأنه يضمن ثم لم يفعل لم يلزم فى الحكم كما لو وعده أنه يبيعـه ثم أبى ذلك، ومتى لم يف المشترى للبائع بشرطه، كـان له الفسخ كما لو شرط صفة فى الثمن فلم يف بها، ولأنه أحد المتـعاقدين فإذا لم يف بما شرط فى العقد ثبت الخيار لصاحبه كالبائع إذا شرط المبيع على صفة فبان بخلافها.

فـصل: ولو شرط رهنًا أو ضمينًا معينًا فجـاء بغيرهما لم يلزم البائع قبوله، وإن كان مـا أتى به خيرًا من المشروط مثل أن يأتى بأكثر قيمة من المشروط وحميل أوثق من المعين، لأنه عقد على معـين فلم يلزمه قبول غيره كـالبيع ولأن الغرض يختلف بالأعيان، فـمنها ما يسهل بيعه والاسـتيفاء من ثمنه، ومنهـا ما هو أقل مؤنة وأسهل حـفظًا وبعض الذمم أملأ من بعض وأسهل إيفاء فلا يلزمه قبول غير ما عينه كسائر العقود.

فـصل: وإن تعيب الرهن أو استحال العـصير خمرًا قبل قبضه فللبائع الخـيار بين قبضه معيبًا ورضاه بلا رهن، فيما إذا تخمر العصـير وبين فسخ البيع ورد الرهن، وإن علم بالعيب بعد قبضه فكذلك، وليس له مع إمساكه أرش من أجل العيب، لأن الرهن إنما لزم فيما حصل قبضه وهو الوجـود والجزء الفائت لم يلزم تسليمه فلم يلزم الأرش بدلاً عنه بـخلاف المبيع، وإن تلف أو تعيب بعد القبض فلا خيار للبائع، وإن اختلفا فى زمن حدوث العيب وهو مما لا

ولا يجوز لأحدهما الانفـراد بالتصرف، قولهم أن الاجتمـاع على الحفظ يشق ممنوع لإمكان جعله فى مخزن عليه لكل واحد منهما قفل.

27- مـسألة: (وليس للراهن ولا للمرتهن إذا لم يتفقا ولا للحاكم نقله عن يد العدل إلا أن يتغير حاله).

وجـــملة ذلك أن العدل ما دام بحاله لم يتغيـر عن الأمانة ولا حدثت بينه وبين أحدهما عداوة فليس لأحدهما ولا للحاكم نقله عن يده لأنهما رضيا به فى الابتداء وإن اتفقا على نقله جاز، لأن الحق لهما لم يعدهما وكذلك لو كان الرهن فى يد المرتهن فلم يتغير حاله لم يكن للراهن ولا للحاكم نقله عن يده، فإن تغيرت حال العدل بفسق أو ضعف أو حدثت عداوة بينه وبينهما أو بينه وبين أحـدهما فمن طلب نقله عن يده له ذلك ويضعانه فى يد من اتفـقا عليه، فإن اختلفا وضعه الحاكم عند عدل وإن اختلفا فى تغير حاله بحث الحاكم وعمل بما ظهر له، وهكذا لو كـان فى يد المرتهن فـتغيـرت حاله فى الثـقة والحـفظ فللراهن رفعــه عن يده إلى الحاكم ليضعه فى يد عدل، وإذا ادعى الراهن تغير حال المرتهن فأنكر بحث الحاكم عن ذلك وعمل بما بان له، فإن مات العدل أو المرتهن لم يكن لورثتهمـا إمساكه إلا برضاهما فإن اتفقا عليه جاز، وإن اتفقا على عدل يضعانه عنده فلهما ذلك، لأن الحق لهما فيفوض أمره إليهما،

يحتمل إلا قول أحدهما فالقول قوله من غير يمين، لأن اليمين إنما تراد لدفع الاحتمال وهذا لا يحتمل، وإن احتمل قوليهما معًا انبنى على اختلاف المتبايعين فى حدوث العيب فى المبيع وفيه روايتان فيكون فيه ههنا وجهان: **أحدهما**: القول قول الراهن، وهو قول أبى حنيفة والشافعى، لأن الأصل صحة العقد ولزومه، **والآخر**: القول قول المرتهن وهو قياس قول الخرقى لقوله مثل ذلك فى البيع لأنهما اختلفا فى قبض المرتهن للجزء الفائت فكان القول قوله كما لو اختلفا فى قبض جزء منفصل منه، وإن اختلفا فى زمن التلف فقال الراهن: بعد القبض، وقال المرتهن: قبله، فالقول قوله، لأنه منكر للقبض، وإن كان الرهن عصيرًا فاستحال خمرًا واختلفا فى زمن استحالته فالقول قول الراهن، نص عليه أحمد، وقال القاضى: يخرج فيه رواية أخرى أن القول قول المرتهن كالاختلاف فى البيع وهو قول أبى حنيفة لأن الأصل عدم القبض كما لو اختلفا فى زمن التلف.

ولنا: أنهما اتفقا على العقد والقبض واختلفا فيما يفسد به، فكان القول قول من ينفيه كما لو اختلفا فى شرط فاسد، ويفارق اختلافهما فى حدوث العيب من وجهين: **أحدهما**: أنهما اتفقا على القبض ههنا وثم اختلفا فى قبض الجزء الفائت، **الثانى**: أنهما اختلفا هنا فيما يفسد العقد والعيب بخلافه.

فصل: ولو وجد بالرهن عيبًا بعد أن حدث عنده عيب آخر فله رده وفسخ البيع، لأن العيب الحادث فى ملك الراهن لا يلزم المرتهن ضمانه بخلاف المبيع، وخرجه القاضى على

وإن اختلف الراهن والمرتهن عند موت العدل أو اختلف الراهن وورثة المرتهن رفعا الأمر إلى الحاكم ليضعه على يد عدل فإن كان الرهن فى يد اثنين فمات أحدهما أو تغيرت حاله بفسخ أو ضعف عن الحفظ أو عداوة أقيم مقامه عدل يضم إلى العدل الآخر فيحفظان معًا.

28- **مسألة: (وله رده إليهما ولا يملك رده إلى أحدهما فإن فعل فعليه رده إلى يده فإن لم يفعل ضمن حق الآخر).**

وجملة ذلك أن العدل متى أراد رده عليهما فله ذلك وعليهما قبوله، لأنه أمين متطوع بالحفظ فلم يلزمه المقام عليه فإن امتنع أجبرهما الحاكم فإن تغيبا نصب الحاكم أمينًا يقبضه لهما، لأن للحاكم ولاية على الممتنع من الحق الذى عليه فإن دفعه إلى أمين من غير امتناعهما ضمن الأمين وضمن الحاكم، لأنه لا ولاية له على غير الممتنع وكذلك لو تركه العدل عند آخر مع وجودهما ضمن وضمن القابض فإن امتنعا ولم يجد حاكمًا فتركه عند عدل آخر لم يضمن، وإن امتنع أحدهما لم يكن له دفعه إلى الآخر فإن فعل ضمن، والفرق بينهما أن أحدهما يمسكه لنفسه والعدل يمسكه لهما هذا فيما إذا كانا حاضرين، فإن كانا غائبين نظرت فإن كان للعدل عذر من مرض أو سفر أو نحوه دفعه إلى الحاكم فقبضه منه أو نصب له عدلاً يقبضه لهما، فإن لم يجد حاكمًا أودعه عند ثقة وليس له أن يودعه عنه ثقة مع وجود

روايتين بناء على البيع فعلى قوله لا يملك الرد لا يملك الفسخ، والصحيح ما ذكرناه، وإن هلك الرهن فى يد المرتهن، ثم علم أنه كان معيبًا لم يملك فسخ البيع، لأنه تعذر عليه رده، **فإن قيل**: فالرهن غير مضمون ولهذا لا يمتنع رده بحدوث العيب فيه، **قلنا**: إنما تضمن قيمته، لأن العقد لم يقع على ملكه، وإنما وقع على الوثيقة، فهو مضمون بالوثيقة، أما إذا تعيب فقد رده فيستحق بدل ما رده وههنا لم يرد شيئًا فلو أوجبنا له بدله لأوجبنا على الراهن غير ما شرطه على نفسه.

فصل: ولو لم يشترطا رهنًا فى البيع فتطوع المشترى برهن وقبضه البائع كان حكمه حكم الرهن المشروط فى البيع ولا ينفك شىء منه حتى يقضى جميع الدين ولا يملك الراهن انتزاعه ولا التصرف فيه إلا بإذن المرتهن إلا أنه إذا رده بعيب أو غيره لم يملك فسخ البيع.

فصل: وإذا تبايعا بشرط أن يكون المبيع رهنًا على ثمنه لم يصح، قاله ابن حامد، وهو قول الشافعى، لأن المبيع حين شرط رهنه لم يكن ملكًا له، وسواء شرط أنه يقبضه ثم يرهنه، أو شرط رهنه قبل قبضه، وروى عن أحمد أنه قال: إذا حبس المبيع ببقية الثمن فهو غاصب ولا يكون رهنًا إلا أن يكون شرطًا عليه فى نفس البيع، وهذا يدل على صحة الشرط، لأنه يجوز بيعه فجاز رهنه، وقال القاضى: معنى هذا الرواية، أنه شرط عليه فى نفس البيع رهنًا غير المبيع فيكون له حبس المبيع حتى يقبض الرهن، وإن لم يف به فسخ البيع، فأما شرط رهن المبيع بعينه على ثمنه فلا يصح لوجوه: منها: أنه غير مملوك له، ومنها: أن البيع يقتضى إيفاء الثمن من غير المبيع والرهن يقتضى الوفاء منه، ومنها: أن البيع يقتضى تسليم المبيع أولاً ورهن المبيع يقتضى أن لا يسلمه حتى يقبض الثمن، ومنها: أن البيع يقتضى أن يكون إمساك

الحاكم فإن فعل ضمن، فإن لم يكن له عذر وكانت الغيبة بعيدة قبضه الحاكم منه فإن لم يجد حاكمًا دفعه إلى عدل، وإن كانت الغيبة دون مسافة القصر فهو كما لو كانا حاضرين لأنهما فى حكم الإقامة، وإن كانا أحدهما حاضرًا وحده فحكمهما حكم الغائبين وليس له دفعه إلى الحاضر منهما وفى كل موضع قلنا لا يجوز له دفعه إلى أحدهما إذا دفعه إليه لزمه رده إلى يده فإن لم يفعل ضمن حق الآخر لأنه فرط فى دفعه إليه وقد قال النبى ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» رواه أبو داود والترمذى والنسائى (10).

(10) أخرجه أبو داود (٣/ ح ٣٥٦) وإسناده ضعيف حدثنا مسدد بن مسرهد ثنا يحيى عن ابن أبى عروبة، والترمذى (٣/ ح ٣٥٦١) وإسناده ضعيف حدثنا محمد بن المثنى حدثنا بن أبى عدى عن سعيد عن قتادة عن الحسن عن سمرة، وابن ماجه (٢/ ح ٢٤٠٠) وأحمد فى مسنده (٥/ ٨، ١٢، ١٣) والبيهقى فى السنن (٦/ ٩٠) والحاكم (٢/ ٤٧) وقال: صحيح الإسناد على شرط البخارى وعلقه الحسن فلم يصرح فيه بالتحديث عن سمرة والحسن مذكور فى المدلسين وقد عنعنه وأعله الحافظ فى التلخيص (٣/ ٥٣).

المبيع مضمونًا والرهن يقتضى أن لا يكون مضمونًا وهذا يوجب تناقض أحكامهما، وظاهر الرواية صحة رهنه، وقولهم: إنه غير مملوك، قلنا: إنما شرط رهنه بعد هلكه.

وقولهم البيع يقتضى إيفاء الثمن من غير المبيع غير صحيح إنما يقتضى وفاء الثمن مطلقًا، ولو تعذر وفاء الثمن من غير المبيع لاستوفى من ثمنه.

وقولهم: البيع يقتضى تسليم المبيع قبل تسليم الثمن ممنوع، وإن سلم فلا يمتنع أن يثبت بالشرط خلافه كما أن مقتضى البيع حلول الثمن ووجوب تسليمه فى الحال، ولو شرط التأجيل جاز وكذلك مقتضى البيع ثبوت الملك فى المبيع والتمكين من التصرف فيه وينتفى بشرط الخيار وهذا هو الجواب على الوجه الثالث والرابع.

فأما إن لم يشترط ذلك فى البيع لكن رهنه عنده بعد البيع فإن كان بعد لزوم البيع فالأولى صحته لأنه يصح رهنه عند غيره فصح عنده كغيره ولأنه يصح رهنه على غير ثمنه فصح رهنه على ثمنه، وإن كان قبل لزوم البيع انبنى على جواز التصرف فى المبيع ففى كل موضع جاز التصرف فيه جاز رهنه وما لا فلا لأنه نوع تصرف فأشبه بيعه.

29- مسألة: (فإن أذنا له فى البيع لم يبع إلا بنقد البلد فإن كان فيه نقود باع بجنس الدين).

وجملة ذلك أنهما إذا أذنا للعدل فى البيع ولم يعينا نقدًا لم يبع إلا بنقد البلد لأن الحظ فيه فإن كان فيه نقود باع بأغلبها لذلك، فإن تساووا فقال القاضى: يبيع بما يؤديه إليه اجتهاده وهو قول الشافعى، لأنه الأحظ، فإن تساووا بيع بجنس الدين، والذين ذكره شيخنا أن النقود إذا تساوت قدم البيع بجنس الدين على البيع بما يرى فيه الحظ، لأنه يمكن القضاء منه، فإن لم يكن فيها جنس الدين وتساوت النقود عنده فى الحظ عين الحاكم له ما يبيعه به، وإن عينا له نقدًا لم يجز أن يخالفهما، لأن الحق لهما، وإن اختلفا لم يقبل قول واحد منهما لأن لكل واحد منهما فيه حقًا للراهن ملك الثمن وللمرتهن حق الوثيقة واستيفاء حقه فعلى هذا يرفع الأمر إلى الحاكم فيأمر ببيعه بنقد البلد سواء كان من جنس الحق أو لم يكن وافق قول أحدهما أو لم يوافق، لأن الحظ فى ذلك، قال شيخنا: والأولى أنه يبيعه بما يرى الحظ فيه، فإن كان فى البلد نقود فهو كما لو لم يعينا نقدًا وحكمه فى البيع حكم الوكيل فى وجوب الاحتياط وبالمنع من البيع بدون ثمن المثل ومن البيع نساء، ومتى خالف لزمه ما يلزم الوكيل المخالف، وذكر القاضى رواية فى البيع نساء: أنه يجوز بناء على الوكيل ولا يصح، لأن البيع هاهنا لإيفاء دين حال يجب تعجيله والبيع نساء يمنع من ذلك، وكذا نقول فى الوكيل متى وجدت فى حقه قرينه دالة على منع البيع نساء لم يجز له وإنما الروايتان فيه عند انتفاء القرائن وكل موضع حكمنا ببطلان البيع وجب رد المبيع إن كان باقيًا فإن تعذر فللمرتهن تضمين أيهما شاء من العدل أو المشترى بأقل الأمرين من قيمة الرهن أو قدر الدين، لأنه يقبض قيمة الرهن

مســتوفيًــا لحقه لا رهنًا فلذلك لم يكن له أن يـقبض أكثر مــن دينه وما بقى من قيــمة الرهن للراهن يرجع به على من شاء منهما، وإن استوفى دينه من الراهن رجع الراهن بقيمته على من شاء منهــما، ومتى ضمن المــشترى لم يرجع على أحد لأن العــين تلفت فى يده، وإن ضمن العدل رجع على المشترى.

فـصل: ومتى قدر له ثمنًا لم يجز بيعه بدونه وإن أطلـق فله بيعه بثمن مثله أو زيادة عليه وبهذا قال الشافـعى، وقال أبو حنيفة: له بيعه ولو بدرهم والكلام معــه فى الوكالة: فإن أطلقا فباع بأقل من ثمــن المثل مما يتغــابن الناس به صح ولا ضمان عليه لأن ذلك لا يضــبط غالبًا وإن كان النقص أكثر من ذلك أو باع بأنقص ممــا قدر له لم يصح البيع، لأنه بيع لم يؤذن فيه فلم يصح كما لو خالف فى النقد اختاره شيخنا، وقال أصحابنا: يصح ويضمن النقص كله.

30- **مـسألة:** (وإن قبض الثمن فتلف فى يده فهو من ضمان الراهن).

إذا باع العدل الرهن بإذنهما وقبض الثمن فتلف فى يده من غــير تفريط فلا ضمان عليه، لأنه أمين فهو كالوكيل ولا نعلم فى ذلك خلافًا ويكون من ضمان الراهن وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة ومالك: يكون من ضمان المرتهن، لأن البيع لأجله، ولنا أنه وكيل الراهن فى البيع والثمن ملكه وهو أمــين له فى قبضه فإذا تلف كان من ضمــان موكله كسائر الأمناء، وإن ادعى التلف فالقــول قوله مع يمينه، لأنه أمين ويتــعذر عليه إقامة البــينة على ذلك فإن كلفناه البينة شق عليــه وربما أدى إلى أن لا يدخل الناس فى الأمانات، فــإن خالفاه فى قــبض الثمن فقالا ما قبضه من المشترى وادعى ذلك ففيه وجهان: **أحدهما:** يقبل قوله، لأنه أمين **والآخر:** لا يقبل لأن هذا إبراء للمشترى من الثمن فلم يقبل قوله كما لو أبرأه من غير الثمن.

31- **مـسألة:** (وإن استحق المبيع رجع المشترى على الراهن).

إذا خرج المــبيع مســتحقًا فــالعهدة على الراهن دون العــدل إذا أعلم المشتــرى أنه وكيل وهكذا كل وكيل باع مــال غيره، وهذا قــول الشافعى، وقال أبو حنيــفة: العهــدة على الوكيل والكلام معــه يأتى فى الوكالــة، فإن علم المشــترى بعــد تلف الثمن فى يد العــدل رجع على الراهن ولا شيء على العدل، **فإن قـيل:** لم لا يرجع المشترى على العدل، لأنه قبض الثمن بغير حق؟ **قلـنا:** لأنه سلمه إليه على أنه أمين فى قبضه يسلمه إلى المرتهن فلذلك لم يجب الضمان عليه، وأما المرتهن فقد بان له أن عقد الرهن كان فاسداً فإن كان مشروطًا فى بيع ثبت له الخيار فيه وإلا سقط حقه، فإن كان الراهن مفلسًا حيًا أو ميتًا كان المرتهن والمشترى أسوة الغرماء، لأنهم تساووا فى ثبوت حقوقهم فى الذمة فاستووا فى قسم ماله بينهم، فأما إن خرج مستحقــا بعد دفع الثمن إلى المرتهن رجع المشترى على المرتــهن، وهو قول الشافعي: وقال أبو حنيفة: يرجع على العدل ويرجع العدل على من شاء منهما من الراهن والمرتهن.

ولنا: أن عين ماله صار إلى المرتهن بغير حق فكان رجوعـه عليه كما لو قبضه منه، فإن كان المشـترى رده بعيب لم يرجع على المرتهن، لأنه قبض الـثمن بحق ولا على العدل لأنه أمين ويـرجع على الراهن، فأمـا إن كان العـدل حين باعـه لم يعلم المشـترى أنه وكـيل كان للمشتـرى الرجوع عليه ويرجع هو على الراهن إن أقر العدل بذلـك أو قامت به بينة فإن أنكر ذلك فالقول قـول العدل مع يمينه، فإن نكل عن اليـمين فقضى عليه بـالنكول أو ردت اليمين على المـشترى فـحلف ورجع على العدل لم يرجع العـدل على الراهن، لأنه يقر أنـه ظلمه، وعلى قول الخرقى القول فى حدوث العيب قول المـشترى مع يمينه وهو إحدى الروايتين عن أحمد، فإذا حلف الـمشترى رجع على العدل ورجع العدل على الراهن، فـإن تلف المبيع فى يد المشـترى ثم بان مسـتحقًا قـبل وزن ثمنه فللمغصـوب منه تضمين من شـاء من الغاصب والعدل والمرتهن والمشـترى ويستقر الضمان على المـشترى، لأن التلف فى يده هذا إذا علم بالغصب، وإن لم يكن عالمًا فهل يستقر الضمان عليه أو على الغاصب؟ على روايتين.

32- مسألة: (وإن ادعى دفع الثمن إلى المرتهن فأنكر ولم يكن قضاه ببينة ضمن، وعنه لا يضمن إلا أن يكون أمر بالإشهاد فلم يفعل وهكذا الحكم فى الوكيل).

إذا ادعى العدل دفع الثمن إلى المرتهن فأنكر ففيه وجهان: **أحدهـما:** يقبل قوله فى حق الراهن ولا يقـبل فى حق المرتهن ذكـره القاضى، وهو مـذهب الشافـعى، لأن العدل وكـيل الراهن فى دفع الثمن إلـى المرتهن وليس بوكيل للمـرتهن فى ذلك إنما هو وكـيله فى الحفظ فقط فلم يقبل قـوله عليه فيما ليس بوكـيل له فيه كما لو وكل رجلاً فى قـضاء دين فادعى أنه سلمه إلى صاحب الدين، **والثـانى:** يقبل قوله على المرتهن فى إسقاط الضمان عن نفسه ولا يقبل فى نفى الضمـان من غيره ذكره الشريـف أبو جعفر، وهو مذهب أبى حنيـفة، لأنه أمين فقبل قوله فى إسقاط الضمان عن نفـسه كالمودع يدعى رد الوديعة، فعلى هذا إذا حلف العدل سقط الضـمان عنه ولم يثـبت على المرتهـن أنه قبضـه، وعلى القول الأول يحلف الـمرتهن ويرجع على من شـاء منهمـا، فإن رجع عن العـدل لم يرجع العدل على الراهن، لأنـه يقول ظلمنى وأخذ منى بغـير حق فلم يرجع على الراهن كمـا لو غصبه مـالاً آخر، وإن رجع على الراهن فهل يرجع الراهن على العدل؟ ينظر فإن كان دفـعه إلى المرتهن بحضرة الراهن أو ببينة فماتت أو غابت لم يرجع علـيه، لأنه أمين ولـم يفرط فى القضاء، وإن دفعـه فى غيبة الراهن بغير بينة رجع عليه **فى إحدى الروايتين،** لأنه فرط فى القضاء بغير بينة فلزمه الضمان كما لو تلف الرهن بتفريطه، **والرواية الثانية:** لا يرجع الراهن عليه سواء صدقه أو كذبه، لأنه أمين فى حقه إلا أنه إن كذبه فله عليه اليمين، فإن كـان الراهن أمره بالإشهاد فلم يفعل لزمه الضمان، لأنه مفرط وهكذا الحكم فى الوكيل، لأنه فى معناه.

فصل: إذا غصب المرتهن الرهن من العدل ثم رده إليه زال عنه الضمان، ولو كان الرهن فى يد المـرتهن فتـعدى فيـه ثم أزال التعـدى أو سافـر به ثم رده لم يزل عنه الضـمان، لأنه استـئمانه زال بذلك فلم يعـد بفعله مع بقائه فى يـده بخلاف التى قبلهـا فإنه رد إلى يد نائب مالكها أشبه ما لو ردها إلى مالكها.

فصل: إذا استقرض ذمى من مسلم مالاً فرهنه خمرًا لم يصح، سواء جعله فى يد ذمى أو غيره فإن باعها الراهن أو نائبه الذمى وجاء المقـرض بثمنها لزمه قبوله، فإن أبى قيل له إما إن تقـبض وأما إن تبـرئ، لأن أهل الذمـة إذا تقابضـوا فى العـقود الفـاسدة جـرت مجـرى الصحيح، قال عمر ﷺ فى أهل الذمة معهم الـخمر: ولو هم بيعها وخذوا من أثمانها، وإن جعلها على يد مسلم فبـاعها لم يجبر المرتهن على قبول الثـمن، لأنه بيع فاسد لا يقران عليه ولا حكم له.

33- مسألة: (وإن شرط أن يبيعه المرتهن أو العدل صح فإن عزلهما صح عزله).

إذا كان الرهن على يدى عدل فشرط أن يبيعه العدل عند حلول الحق أو أن يبيعه المرتهن صح ويصح بيعه، لأنه شرط فيه مصلحة للمـرتهن لا ينافى مقتضى الرهن فصح كما لو شرط صفة فيه، وبه قال أبو حـنيفة ومالك والشافعى: فيما إذا شرط أن يبـيعه العدل، فإن شرط أن يبيعه المـرتهن ففيه اختلاف يذكر فى الشروط فى الرهن، فـإن عزل الراهن العدل أو المرتهن عن البيه صح ولـم يملك البيع، وبهذا قال الشـافعى، وقال أبو حنيفة ومـالك: لا ينعزل لأن وكالته صارت من حقوق الرهن فلم يكن للراهن إسقاطه كسائر حقوقه، وقال ابن أبى موسى: ويتوجه لنا مثل ذلك فإن أحمد قد منع الحيلة فـى غير موضع من كتبه وهذا يفتح باب الحيلة للراهن، فإن شرط ذلك للمرتهـن ليجيبه إليه ثم يعزله، والمنصـوص الأول، لأن الوكالة عقد جائز فلم يلزم المـقام عليهـا كسائر الولايات وكونه من حـقوق الرهن لا يمنع جوازه كـما لو شرطا الرهن فى البيع فإنه لا يصير لازمـا، وكذلك إذا مات الراهن بعد الإذن تنفسخ الوكالة، وقياس المـذهب أنه متى عزله البيع وكـان الرهن مشروطًا فى بيع فللمرتهن فـسخ البيع الذى حصل الرهن عنه كما لو امتنع من تسليم الرهن المشـروط فى البيع، فأما إن عزله المرتهن لم ينعزل، لأن العدل وكـيل الراهن، لأن الراهن ملكه، ولو انفرد بتوكيله صـح فلم ينعزل بعزل غيـره، لكن لا يجوز بيعـه بغير إذنه وهكذا لو لـم يعزلاه فحل الحق لم يبـعه حتى يسـتأذن المرتهن، لأن البـيع لحقه فلم يجز حـتى يأذن فيه ولا يحتـاج إلى تجديد إذن من الراهن فى ظاهر كلام أحـمد، لأن الإذن قد وجد فـاكتفى به كمـا فى الوكالة فى سائر الحقـوق، وذكر القاضى وجهًا أنه يـحتاج إلى تجديد إذن، لأنه قد يكون له غرض فى قـضاء الحق من غيره، والأول أولى، فإن الإذن كاف ما لم يغير والغرض لا اعـتبار به مع صريح الإذن بخلافه بدليل

فـصل: وإذا شرط فى البيع رهنًا فاسدًا كالمحـرم والمجهول والمعدوم وما لا يقدر على تسليمه أو غير المعين أو شرط رهن المبيع على ثمنه فـفى فساد البيع روايتان مضى توجيههما فى الشروط الفاسدة فى البيع، واختار أبو الخطاب ههنا فـساد البيع وهو قول أبى حنيفة وأحد قولى الشافعى، وقد مضى ذكر ذلك.

فـصل: والشروط فى الرهن تنقسم قسمين صحيحًا وفاسدًا، فالصحيح: مثل أن يشترط كونه على يد عدل عينه أو عدلين، أو أكثر، أو أن يبيعه العدل عند حلول الحق، ولا نعلم فى صحة هذا خلافًا وإن شرط أن بيعه المرتهن صح، وبه قال أبو حنيفة ومالك، وقال الشافعى: لا يصح لأنه توكيل فيما يتنافى فيه الغرضـان فلم يصح كما لو وكله فى بيعه من نفسه، ووجه التنافى أن الراهن يريد الصبـر على المبيع والاحـتياط فى توفيـر الثمن والمرتهن يريد تعـجيل الحق وإنجاز البيع.

ولنا: أن ما جاز توكيل غير المرتهن فيه جـاز توكيل فيه كبيع عين أخرى، ولأن من جاز أن يشترط له الإمساك، جاز اشتراط البيع له كالعدل ولا يضر اختلاف الغرضين إذا كان غرض

ما لو جدد الإذن بخـلاف المرتهن فإن البيع يفتـقر إلى مطالبته بالحق ومذهب الشـافعى نحو هذا.

فـصل: ولو أتلف الرهن فى يد العدل أجنبى فعلى الجانى قـيمته تكون رهنًا فى يده وله المطالبة بها، لأنها بدل الرهن وقائمة مقامه وله إمساك الرهن وحفظه، فإن كان المتراهنان أذنا له فى بيع الرهن فقـال القاضى: قيـاس المذهب أن له بيع بدله، لأن له بيع نماء الرهن تبـعًا للأصل، فالبدل أولى، وقـال أصحاب الشافعى ليس له ذلك، لأنه متـصرف بالإذن فلا يملك بيع ما لم يؤذن له فى بيعـه والمأذون فى بيعه قد تلف وبدله غيره، ولـلقاضى أن يقول أنه قد أذن له فى بيع الرهن والبـدل رهن ثبت له حكم الأصل من كونه يملك المطالـبة به وإمسـاكه واستيفـاء دينه من ثمنه فكذلك بيعه، فإن كان البـدل من جنس الدين وقد أذن له فى وفائه من ثمن الرهن ملك إيفاءه منه، لأن بدل الرهن من جنس الدين فأشبه ثمن المبيع.

34- مـسألة: (فإن شرط أن لا يبيعه عند الحلول أو إن جاءه بحقه فى محله وإلا فالرهن له لم يصح الشرط وفى صحة الرهن روايتان).

الشروط فـى الرهان قسـمان: صحيح وفاسد، فالصـحيح مثل أن يشترط كونه على يدى عدل أو عدلين أو أكـثر أو أن يبيعه العـدل عند حلول الحق، ولا نعلم فى صحته خـلافًا فإن شرط أن يبيعه المرتهن صح، وبه قال أبو حنيفة ومالك، وقال الشافعى: لا يصح، لأنه وكيل فيمـا يتنافى فيه الغرضان فلم يصح كـما لو وكله فى بيعه من نفـسه، ووجه التنافى أن الراهن يريد الصبر على المبيع والاحتياط فى توفير الثمن والمرتهن يريد تعجيل الحق وإنجاز المبيع.

ولنا ما جاز توكيل غيـر المرتهن فيه جاز توكيل المرتهن فيـه كبيع عين أخرى، ولأن من

المرتهن مستحقًا له، وهو استيفاء الثمن عند حلول الحق وإنجاز البيع؛ وعلى أن الراهن إذا وكله مع العلم بغرضه فقد سمح له بذلك والحق له، فلا يمنع من السماحة به كما ولو وكل فاسقًا فى بيع ماله وقبض ثمنه، ولا نسلم أنه لا يجوز توكيله فى بيع شىء من نفسه، وإن سلمنا فلأن الشخص الواحد يكون بائعًا مشتريًا وموجبًا قابلاً وقابضًا من نفسه لنفسه بخلاف مسألتنا.

فصل: وإذا رهنه أمة فشرط كونه عند امرأة أو ذى محرم لها أو كونها فى يد المرتهن أو أجنبى على وجه لا يفضى إلى الخلوة بها مثل أن يكون لهما زوجات أو سرارى أو نساء من محارمهما معهما فى دارهما جاز، لأنه لا يفضى إلى محرم وإن لم يكن كذلك فسد الشرط، لأنه يفضى إلى الخلوة المحرمة ولا يؤمن عليها ولا يفسد الرهن، لأنه لا يعود إلى نقص ولا ضرر فى حق المتعاقدين ويكون الحكم فيه كما لو رهنها من غير شرط يصح الرهن ويجعلها الحاكم على يد من يجوز أن تكون عنده، وإن كان الرهن عبدًا فشرط موضعه جاز وإن لم يشترط موضعه صح أيضًا كالأمة، ويحتمل أن لا يصح لأن للأمة عرفًا بخلاف العبد، والأول أصح، فإن الأمة إذا كان المرتهن ممن يجوز وضعها عنده كالعبد، وإذا كان مرتهن العبد امرأة لا زوج لها فشرطت كونه عندها على وجه يفضى إلى خلوته بها لم يجز أيضًا فاستويا.

فصل: والقسم الثانى الشروط الفاسدة مثل أن يشترط ما ينافى مقتضى الرهن نحو أن

جاز أن يشترط له الإمساك جاز اشتراط البيع له كالعدل ولا يضر اختلاف الغرضين إذا كان غرض المرتهن مستحقًا له وهو استيفاء الثمن عند حلول الحق وانجاز البيع، وعلى أن الراهن إذا وكله مع العلم بغرضه فقد سمح له بذلك والحق له فلا يمنع من السماحة به كما لو وكل فاسقًا فى بيع ماله وقبض ثمنه ولا نسلم أنه لا يجوز توكيله فى بيع شىء من نفسه ولئن سلمنا فلأن الشخص الواحد يكون بائعًا مشتريًا وموجبًا قابلاً وقابضًا من نفسه لنفسه بخلاف مسألتنا.

فصل: إذا رهنه أمة فشرطا كونها عند امرأة أو ذى محرم أو كونها فى يد المرتهن أو أجنبى على وجه لا يفضى إلى الخلوة بها مثل أن يكون لهما زوجات أو سرارى، أو نساء من محارمهما معهما فى دارهما جاز، لأنه لا يفضى إلى محرم، وإن لم يكن كذلك فسد الشرط لإفضائه إلى الخلوة المحرمة فلا يؤمن عليها ولا يفسد الرهن، لأنه لا يعود إلى نقص ولا ضرر فى حق المتعاقدين ويكون الحكم كما لو رهنها من غير شرط يصح الرهن ويجعلها الحاكم على يد من يجوز أن تكون عنده، وإن كان الرهن عبدًا فشرط موضعه جاز أيضًا كالأمة، ويحتمل أن لا يصح، لأن للأمة عرفًا بخلاف العبد، والأول أصح، فإن الأمة إذا كان المرتهن ممن يجوز وضعها عنده كالعبد، وإذا كان مرتهن العبد امرأة لا زوج لها فشرطت كونه عندها على وجه يفضى إلى خلوته بها لم يجز أيضًا فاستويا.

القسم الثانى: الشروط الفاسدة وهو أن يشترط ما ينافى مقتضى الرهن نحو أن لا يباع

يشترط ألا يبـاع الرهن عند حلول الحق أو لا يستوفى الدين من ثمنه أو لا يباع مـا خيف تلفه أو بيع الرهن بأى ثمن كان أو أن لا يبيعـه إلا بما يرضيه فهذه شروط فاسدة لمنافـاتها مقتضى العقد، فإن المقـصود مع الوفاء بهذه الشروط مفقود، وكـذلك إن شرط الخيار للراهن، أو أن لا يكون العـقد لازمًـا فى حقـه، أو توقيت الرهن، أو أن يكون رهنًا يـومًا ويومًـا لا أو كون الرهن فى يد الراهن أو أن ينتـفع به، أو ينتفع به المرتهن أو كـونه مضمـونًا على المرتهن أو العدل، فهذه كلها فاسـدة، لأن منها ما ينافى مقتضى العقد ومنها ما لا يقـتضيه العقد ولا هو من مصلحته، وإن شرطا شـيئًا منها فى عقد الرهن فقال القاضى: يحـتمل أن يفسد الرهن بها بكل حال، لأن الـعاقد إنمـا بذل ملكه بهذا الشـرط فإذا لم يسلم لـه لم يصح العقـد، لعدم الرضى به بدونه، وقيل: إن شرط الرهن مـؤقتًا أو رهنه يومًا ويومًا لا فسـد الرهن وهل يفسد بسائـرها؟ على وجهـين بناء على الشروط الفـاسدة فى البـيع، ونص أبو الخطاب فى رءوس المسائل صحته وبه قال أبو حنيفة، لأن النبى ﷺ قال: «لا يغلق الرهن»(١٣) وهو مشروط فيـه شرط فاسد ولم يحكم بفساده وقيل ما ينقـص حق المرتهن يبطله وجهًا واحـدًا، وما لا فعلى وجـهين وهذا مذهب الشافـعى، لأن المرتهن شرطت له زيادة لم تصح له فـإذا فسدت الزيادة لم يبطل أصل الرهن.

الرهن عند حلول الحق أو لا يستـوفى الدين من ثمنه، أو لا يباع ما خـيف تلفه أو بيع الرهن بأى ثمن كان، أو أن لا يبيعه إلا بمـا يرضيه فهذه شروط فاسدة لمنافاتها مـقتضى العقد، فإن المقصود مع الوفاء بهذه الشروط مفقود، وكذلك إن شرطا الخيار للراهن أو أن لا يكون العقد لازمًا فى حقه أو توقيت الـرهن أو أن يكون رهنًا يومًا ويومًا لا، أو كون الرهن فى يد الراهن أو أن ينتفع به المرتهن أو كونه مضمونًا على المرتهن أو العدل فهذه كلها فاسدة، لأن منها ما ينافى مقتضى العقـد ومنها ما لا يقتضيه العقد ولا هو من مصلحـته، وعن أحمد إذا شرط فى الرهن أن ينتفع به المرتهن أنه يجوز فى البيع، قـال القاضى: معناه أن يقول بعتك هذا الثوب بدينار بشـرط أن ترهنى عبدك يخـدمنى شهـرًا فيكون بيـعًا وإجارة فـهو صحـيح، وإن أطلق فالشرط باطل لجهـالة الثمن، وقال مالك: لا بأس أن يشترط فى البـيع منفعة الرهن إلى أجل فى الدور والأرضين وكرهه فى الحيوان والثياب وكرهه فى القرض.

ولنا أنه شرط فى الرهن مـا ينافيه فلم يصح كما لو شـرطه فى القرض، فإن شرط شـيئًا منها فى عقد الرهن فقال القاضى: يحتمل أن يفسد الرهن بها بكل حال، لأن العاقد إنما بذل ملكه بهذا الشـرط، فإذا لم يسلم له لم يصح العـقد لعدم الرضى به بدونه، وقـيل: إن شرط الرهن مؤقتًـا أو رهنه يومًا لأفسد الرهن وهل يفـسد بسائرها؟ على وجهـين بناء على الشروط الفاسدة فى الـبيع، ونصر أبو الخطاب فى رءوس المسـائل صحته، وبه قال أبـو حنيفة، لأن

---

(١٣) تقدم برقم (٤).

فـصل: **وإن شرط أنه متى حل الحق ولم يوفنى فالرهن لى بالدين أو فهو مبيع لى بالدين الذى عليك فهو شرط فاسد**، روى ذلك عن ابن عمر وشريح والنخعى ومالك والثورى والشافعى وأصحاب الرأى، لا نعلم أحدًا خالفهم، والأصل فى ذلك ما روى معاوية بن عبد الله بن جعفر قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يغلق الرهن» رواه الأثرم، قال الأثرم قلت لأحمد ما معنى قوله: «لا يغلق الرهن»؟ قال: لا يدفع رهنًا إلى رجل ويقول إن جئتك بالدراهم إلى كذا وكذا وإلا فالرهن لك، قال ابن المنذر: هذا معنى قوله: «لا يغلق الرهن» عند مالك والثورى وأحمد، وفى حديث معاوية بن عبد الله بن جعفر أن رجلاً رهن دارًا بالمدينة إلى أجل مسمى فمضى الأجل فقال الذى ارتهن منزلى، فقال النبى ﷺ: «لا يغلق الرهن» ولأنه علق البيع على شرط، فإنه جعله مبيعًا بشرط أن لا يوفيه الحق فى محله والبيع المعلق بشرط لا يصح وإذا شرط هذا الشرط فسد الرهن، ويتخرج ألا يفسد لما ذكرنا فى سائر الشروط الفاسدة وهذا ظاهر قول أبى الخطاب فى رءوس المسائل واحتج بقول النبى ﷺ: «لا يغلق الرهن» فنفى غلقه دون أصله فيدل على صحته ولأن الراهن قد رضى برهنه مع هذا الشرط فمع بطلانه أولى أن يرضى به.

ولنا: أنه رهن بشرط فاسد فكان فاسدًا كما لو شرط توفيته وليس فى الخبر أنه شرط ذلك فى ابتداء العقد فلا يكون فيه حجة.

النبى ﷺ قال: «لا يغلق الرهن»(أ) وهو مشروط فيه شرط فاسد ولم يحكم بفساده، وقيل ما ينقص حق المرتهن يبطله وجهًا واحدًا، وما لا فعلى وجهين وهو مذهب الشافعى، لأن المرتهن شرطت له زيادة لم تصح له فإذا فسدت الزيادة لم يبطل أصل الرهن.

فصل: وإن شرط أنه متى حل الحق ولم توفنى فالرهن لى بالدين أو فهو مبيع لى بالدين الذى عليك فهو شرط فاسد، وروى ذلك عن ابن عمر وشريح والنخعى ومالك والثورى والشافعى وأصحاب الرأى، ولا نعلم عن غيرهم خلافهم، لما روى عبد الله بن جعفر قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يغلق الرهن» رواه الأثرم، قلت لأحمد ما معنى قوله: «لا يغلق الرهن»؟ قال: لا يدفع رهنًا إلى رجل ويقول: إن جئتك بالدراهم إلى كذا وكذا وإلا فالرهن لك، قال ابن المنذر: هذا معنى قوله: لا يغلق الرهن عند مالك والثورى وأحمد، وفى حديث معاوية بن عبد الله بن جعفر أن رجلاً رهن دارًا بالمدينة إلى أجل مسمى، فمضى الأجل فقال الذى ارتهن: منزلى، فقال النبى ﷺ: «لا يغلق الرهن» ولأنه علق البيع على

(أ) أخرجه ابن ماجه (٢/ ح ٢٤٤١) وإسناده ضعيف، فيه محمد بن حميد الرازى، ومالك فى الموطأ (٢/ ٧٢٨/ ح ١٣) قال أبو عمر: أرسله رواه الموطأ، إلا معن بن عيسى فوصله عن أبى هريرة، والبيهقى فى السنن (٦/ ٤٤) وقال: هذا مرسل.

قلت: ومع ذلك فمعاوية الذى أرسله ليس بالمشهور، فالحديث إسناده ضعيف.

فـــصل: ولو قال الغـريم رهنتك عبدى هذا على أن تـزيدنى فى الأجل كان باطلاً لأن الأجل لا يثبت فى الدين إلا أن يكون مشروطًا فى عقد وجب به فإذا لم يثبت الأجل لم يصح الرهن، لأنه جعله فى مقابلته، ولأن ذلك يضاهى ربا الجاهلية كانوا يزيدون فى الدين ليزدادوا فى الأجل.

فـــصل: إذا كان له عـلى رجل ألف فقـال: أقرضنى ألفـًا بشرط أن أرهنك عـبدى هذا بالألفـين فنقل حنبل عن أحمد أن القرض باطل وهو مذهب الشـافعى لأنه قرض يجر منفعة وهو الاستيـثاق بالألف الأول، وإذا بطل القرض بطل الرهن، **فـإذا قـيل**: أليس لو شـرط أنه يعطيه رهنًا بما يقـترضه جاز؟ **قلـنا**: ليس هذا قرضًا جر منفعـة، لأن غاية ما حصل له تأكيد الاستيفاء لبدل ما أقرضه وهو مثـله والقرض يقتضى وجوب الوفاء، وفى مسألتنا شرط فى هذا القرض الاستيثـاق لدينه الأول فقد شرط استيثاقًا لغيـر موجب القرض، ونقل مهنا أن القرض صحـيح، ولعل أحمد حـكم بصحة القـرض مع فساد الشـرط كيلا يفـضى إلى جر المنفـعة بالقرض أو حكم بفـساد الرهن فى الألف الأول وحده وصـححه فـيما عـداه، ولو كان مكان القرض بيع فقـال: بعنى عبدك هذا بألف على أن أرهنك عبـدى به وبالألف الآخر الذى علىَّ فالبيع باطل رواية واحـدة، لأن الثمن مجهول فـإنه جعل الثمن ألفًا ومنفعـة هى وثيقة بالألف الأول وتلك المنفعة مجهولة، ولأنه شرط عقد الرهن بالألف الأول فلم يصح كما لو أفرده أو كما لو باعه داره بشرط أن يبيعه الآخر داره.

شرط، فإنه جعله مبيعًا بشرط أن لا يوفيه الحق فى محله، والبيع المعلق بشرط لا يصح، فإذا شرط هذا الشرط فسد الرهن، وفيه رواية أخرى أنه لا يـفسد، لما ذكرنا فى الشروط الفاسدة، وهذا ظاهر قول أبى الخطاب فى رءوس مسائله، واحتج بالحديث المذكور، فبقى غلق الرهن على أصله فدل على صحتـه، ولأن الراهن قد رضى برهنه مع هذا الشرط، فمنع بطلانه أولى أن يرضى به.

ولنا أنه رهن بشرط فاسد، فكان فاسدًا كما لو شـرط توقيته، وليس فى الخبر أنه يشترط ذلك فى ابتداء العقد.

فـصل: وإذا قال الغـريم: رهنتك عبدى هذا على أن تـزيدنى فى الأجل كان باطلاً لأن الأجل لا يثبت فى الدين إلا أن يكون مشروطًا فى عـقد قد وجب به، وإذا لم يثبت الأجل لم يصح الرهن، لأنه جعله فى مـقابلته، ولأن ذلك يضاهى ربا الجاهليـة كانوا يزيدون فى الدين ليزدادوا فى الأجل.

فصل: إذا كان له على رجل ألف، فقال: أقرضنى ألفًا بشرط أن أرهنك عبدى هذا بألفين فنقل حنبل عن أحمد أن القـرض باطل، وهو مذهب الشافعى، لأنه قرض يجـر منفعة، وهى الاستيـثاق بالألف الأول، وإذا بطل القرض بطل الرهن، **فإن قـيل**: أليس لو شرط أن يـعطيه

فصل: وإذا فسد الرهن وقبضه المرتهن لم يكن عليه ضمانه لأنه قبضه بحكم أنه رهن وكل عقد كان صحيحه غير مضمون أو مضمونًا ففاسده كذلك، فإن كان مؤقتًا أو شرط أنه يصير للمرتهن بعد انقضاء مدته صار بعد ذلك مضمونًا، لأنه مقبوض بحكم بيع فاسد وحكم الفاسد من العقود حكم الصحيح فى الضمان.

فإن كان أرضًا فغرسها قبل انقضاء الأجل فهو كغرس الغاصب، لأنه غرس بغير إذن وإن غرس بعد الأجل ـ وكان قد شرط أن الرهن يصير له ـ فقد غرس بإذن، لأن البيع وإن كان فاسدًا فقد تضمن الإذن فى التصرف فيكون الراهن مخيرًا بين ثلاثة أشياء بين أن يقر غرسه له وبين أخذه بقيمته وبين أن يجبره على قلعه ويضمن له ما نقص.

رهنًا لما يقترضه، جاز؟ **قلنا:** ليس هذا قرضًا جر منفعة، لأن غاية ما حصل له تأكيد الاستيفاء لبدل ما أقرضه وهو مثله، والقرض يقتضى وجوب الوفاء، وفى مسألتنا شرط فى هذا القرض الاستيثاق لدينه الأول فقد شرط استيثاقًا لغير موجب القرض، ونقل مهنا أن القرض صحيح، ولعل أحمد حكم بصحة القرض مع فساد الشرط، كيلا يفضى إلى جر منفعة بالقرض، أو حكم بفساد الرهن فى الألف الأول وحده، ولو كان مكان القرض بيع فقال: يعنى عبدك هذا بألف على أن أرهنك عبدى به وبالألف الآخر الذى علىَّ، فالبيع باطل، رواية واحدة، لأن الثمن مجهول لكونه جعله ألفًا ومنفعة هى وثيقة بالألف الأول، وتلك المنفعة مجهولة، ولأنه شرط عقد الرهن بالألف الأول فلم يصح، كما لو أفرده أو كما باعه داره بشرط أن يبيعه الآخر داره.

فصل: إذا فسد الرهن وقبضه المرتهن فلا ضمان عليه. لأنه قبضه بحكم أنه رهن ، وكل عقد كان صحيحًا مضمونًا أو غير مضمون ففاسده كذلك، فإن كان مؤقتًا أو شرط أن يصبر المرتهن بعد انقضاء مدته، صار بعد ذلك مضمونًا، لأنه مقبوض بحكم بيع فاسد، وحكم الفاسد من العقود حكم الصحيح فى الضمان، وإن كان أرضًا فغرسها قبل انقضاء الأجل فهو كغرس الغاصب، لأنه غرس بغير إذن، وإن غرس بعد الأجل ـ وكان قد شرط أن الرهن يصير له ـ فقد غرس بإذن، لأن البيع قد تضمن الأذن وإن كان فاسدًا، فعلى هذا يكون مخيرًا بين أن يقر غرسه له، وبين أخذه بقيمته، وبين أن يلزمه بقلعه، ويضمن له ما نقص.

فصل: إذا اشترى سلعة وشرط أن يرهنه بها شيئًا من ماله أو شرط ضمينًا فالبيع والشرط صحيح ، لأنه من مصلحة العقد غير مناف لمقتضاه، ولا نعلم فى صحته خلافًا إذا كان معلومًا، ومعرفة الرهن تحصل بالمشاهدة وبالصفة التى يعلم بها الموصوف، كما فى السلم ويتعين بالقبض، والضمين يعلم بالإشارة إليه ويذكر اسمه، ولا يصح بالصفة بأن يقول: رجل غنى من غير تعيين، لأن الصفة لا تأتى عليه، ولو قال: بشرط رهن أو ضمين كان فاسدًا، لأن ذلك يختلف وليس له عرف ينصرف إليه بالإطلاق، ولو قال: بشرط رهن أحد هذين

٧٩٤- **مسألة:** قال: **(ولا ينتفع المرتهن من الرهن بشيء إلا ما كان مركوبًا أو محلوبًا فيركب ويحلب بقدر العلف)**.

الكلام في هذا المسألة في حالين: **أحدهما:** ما لا يحتاج إلى مؤنة كالدار والمتاع ونحوه فلا يجوز للمرتهن الانتفاع به بغير إذن الراهن بحال، لا نعلم في هذا خلافًا، لأن الرهن ملك الراهن فكذلك نماؤه ومنافعه فليس لغيره أخذها بغير إذنه، فإن أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بغير عوض وكان دين الرهن من قرض لم يجز، لأنه يحصل قرضًا يجر منفعة وذلك حرام، قال أحمد: أكره قرض الدور وهو الربا المحض، يعني: إذا كانت الدار رهنًا في قرض ينتفع بها المرتهن وإن كان الرهن بثمن مبيع أو أجر دار أو دين غير القرض فأذن له الراهن في الانتفاع جاز ذلك روى ذلك عن الحسن وابن سيرين وبه قال إسحاق.

فأما إن كان الانتفاع بعوض مثل أن استأجر المرتهن الدار من الراهن بأجرة مثلها من غير محاباة جاز في القرض وغيره لكونه ما انتفع بالقرض بل بالإجارة وإن حاباه في ذلك فحكمه حكم الانتفاع بغير عوض يجوز في القرض ويجوز في غيره.

ومتى استأجرها المرتهن أو استعارها فظاهر كلام أحمد أنها تخرج عن كونها رهنًا، فمتى انقضت الإجارة أو العارية عاد الرهن بحاله، قال أحمد في رواية الحسن بن ثواب عن أحمد إذا كان الرهن دارًا فقال المرتهن أسكنها بكرائها وهي وثيقة بحقي ينتقل فيصير دينًا ويتحول عن الرهن وكذلك إن أكراها للراهن قال أحمد في رواية ابن منصور إذا ارتهن دارًا ثم أكراها لصاحبها خرجت من الرهن فإذا رجعت إليه صارت رهنًا، والأولى أنها لا تخرج عن الرهن إذا استأجرها المرتهن أو استعارها، لأن القبض مستدام ولا تنافي بين العقدين وكلام أحمد في رواية الحسن بن ثواب محمول على أنه أذن للراهن في سكناها كما في رواية ابن منصور، لأنها خرجت عن يد المرتهن فزال اللزوم لزوال اليد بخلاف ما إذا سكنها المرتهن ومتى استعار المرتهن الرهن صار مضمونًا عليه وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا ضمان عليه، ومبنى ذلك على العارية فإنها عندنا مضمونة وعنده غير مضمونة.

العبدين أو يضمنني أحد هذين الرجلين لم يصح، لأن الغرض يختلف فلم يصح مع عدم التعيين كالبيع، وهذا مذهب الشافعي، وحكى عن مالك وأبي ثور: أنه يصح الرهن المجهول، ويلزمه أن يدفع إليه رهنًا بقدر الدين، لأنه وثيقة فجاز شرطها مطلقًا كالشهادة، وقال أبو حنيفة: إذا قال: على أن أرهنك أحد هذين العبدين جاز، لأن بيعه جائز عنده.

ولنا أنه شرط رهنًا مجهولاً فلم يصح كما لو شرط رهن ما في كمه، ولأنه عقد يختلف فيه المعقود عليه، فلم يصح مع الجهل كالبيع، وفارق الشهادة فإن لها عرفًا في الشرع فحملت عليه، والكلام مع أبي حنيفة قد مضى في البيع فإن الخلاف فيه واحد، إذا ثبت هذا فإن المشتري إن وفى بالشرط فسلم الرهن أو ضمن عنه الضامن لزم البيع، وإن أبى تسليم

فــصل: فإن شرط فى الرهـن أن ينتفع به المرتهن فالشـرط فاسد، لأنه ينافى مـقتـضى الرهن، وعن أحـمد أنه يجوز فى المـبيع، قـال القاضى: مـعناه أن يقول: بعتـك هذا الثوب بدينار بشرط أن ترهـننى عبدك يخـدمنى شهراً فـيكون بيعًا وإجـارة فهو صـحيح، وإن أطلق فالشرط باطل لجهالة ثمنه، وقال مالك: لا بأس أن يشترط فى البيع منفعة الرهن إلى أجل فى الدور والأرضين وكرهه فى الحيوان والثياب وكرهه فى القرض.

ولنا أنه شرط فى الرهن ما ينافيه فلم يصح كما لو شرطه فى القرض.

فــصل: الحال الـثانى: ما يحتاج فيه إلى مـؤنة فحكم المرتهن فى الانتفاع به بعوض أو بغير عوض بإذن الراهن كالقسم الذى قـبله، وإن أذن له فى الإنفاق والانتفاع بقدره جاز، لأنه نوع معاوضة وأمـا مع عدم الإذن فإن الرهن ينقسم قسـمين: محلوبًا ومركوبًا وغيـرهما، فأما المحلوب والمركـوب فللمرتهن أن ينفق عليه ويركب ويحلب بقـدر نفقته متـحريًا للعدل فى ذلك، ونص عليه أحمد فى رواية محمد بن الحـكم وأحمد بن القاسم، واختاره الخرقى وهو قول إسحـاق، وسواء اتفق مع تعذر النفقة من الـراهن لغيبته، أو امـتناعه من الإنفاق، أو مع القدرة على أخذ النفقة من الراهن واستئـذانه، وعن أحمد رواية أخرى لا يحتسب له بما أنفق وهو متطوع بها ولا ينتفع من الرهن بشىء، وهذا قول أبى حنيفة ومالك والشافعى لقول النبى ﷺ: «الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه»(١٤) ولأنه ملك غيره لم يأذن له فى الانتفاع به ولا الإنفاق عليه فلم يكن له ذلك كغير الرهن.

ولنا: مـا روى البخارى وأبـو داود والترمذى عـن أبى هريرة رضي الله عنه قال: قـال رسول الله ﷺ: «الظهر يركب بنفـقته إذا كـان مرهونًا ولبن الدر يشرب بنفـقته إذا كـان مرهونًا»(١٥)

الرهن أو أبى الضامن أن يضمن فللبـائع الخيار بين فسخ البيع، وإمـضائه والرضا به بلا رهن ولا ضمين، فـإن رضى لزمه البيع، وهذا قول الشـافعى وأصحاب الرأى، ولا يلزم المـشترى تسليم الرهن، وقال مالك وأبو ثور: يلزم الرهن إذا شرط فى عقد البيع ويجبر عليه المشترى، وإن وجده الحـاكم دفعـه إلى البائع، لأن عـقد البيع وقع عـليه أشبـه الخيـار والأجل، وقال القاضى: ما عدا المكيل والموزون يلزم فيه الرهن بمجرد العقد، وقد مضى الكلام فيه.

ولنا أنه رهن فلم يلـزم قبل القـبض، كـما لـو لم يكن مشـروطًا فى البـيع أو كـالمكيل والموزون، وإنمـا لزم الخيار والأجل بالشـرط، لأنه من توابع البيع لا ينفرد بنفـسه، والرهن عقـد منفرد بنفسه ليس مـن التوابع، ولأن الخيار والأجل يثـبت بالقول ولا يفتـقر إلى تسليم فاكـتفى فى ثبـوته بمجرد القـول بخلاف الرهن، فـأما الضمـين فلا خلاف فـى أنه لا يلزمه

---

(١٤) أخرجه الدارقطنى (٣/ ٣٣/ ح ١٣٣) والبيهـقى (٦/ ٣٩) والحاكم (٢/ ٥١) وقال الألبانى فى إرواء الغليل (١٤٠٦): مرسل.

(١٥) تقدم برقم (٣) كتاب الرهن.

وعلى الذى يركب ويشرب النفقة» فجعل منفعته بنفقته وهذا محل النزاع، **فإن قيل**: المراد به أن الراهن ينفق وينتفع، **قلنا**: لا يصح لوجهين: **أحدهما**: أنه قد روى فى بعض الألفاظ إذا كانـت الدابة مرهونة، فـعلى المرتهن علـفهـا، ولبن الدر يشرب وعلى الذى يشـرب ويركب نفقته، فجعل المنفق المرتهن فيكون هو المنتفع، **والثانى**: أن قوله بنفقته يشير إلى أن الانتفاع عوض النفـقة، وإنمـا ذلك حق المرتهن، أما الراهـن فإنفاقـه وانتفاعـه لا بطريق المعـاوضة لأحدهما بالآخر، ولأن نفقة الحيوان واجبة وللمرتهن فيه حق، قد أمكنه استيفاء حقه من نماء الرهن والنيابة عن المالك فـيما وجب عليه، واستيـفاء ذلك من منافعه فجاز ذلـك كما يجوز للمرأة أخـذ مؤنتـها من مـال زوجها عند امـتناعه بغـير إذنه، والنيـابة عنه فى الإنفاق عليـها والحديث نقـول به، والنماء للراهن ولكن للمرتهن ولاية صـرفها إلى نفـقته لثبـوت يده عليه وولايته، وهذا فيمن أنفق مـحتسبًا بالرجوع، فأمـا إن أنفق متبرعًا بغير نـية الرجوع، لم ينتفع به، رواية واحدة.

فصل: وأما غير المحلوب والمركوب فيتنوع نوعين: حيوان وغيره، فأما الحيوان كالعبد والأمة ونحوهـما فهل للمرتهن أن ينفق ويسـتخدمه بقـدر نفقته؟ ظاهر المـذهب أنه لا يجوز ذكرها الخـرقى ونص عليه أحمد فى رواية الأثرم قـال: سمعت أبا عبـد الله يُسأل عن الرجل يرهن العبد فيستخدمه، فقال: الرهن لا ينتفع منه بشىء إلا حديث أبى هريرة خاصة فى الذى يركب ويحلب ويعلف، قلت له: فإن كان اللبن والركوب أكثر قال: لا، إلا بقدر.

ونقل حنبل عن أحمـد أن له استخدام العـبد أيضًا وبه قال أبو ثوْر: إذ امـتنع المالك من الإنفاق عليه، قـال أبو بكر، خالف حنبل الجماعة والعـمل على أنه لا ينتفع من الرهن بشىء إلا مـا خصـه الشرع به، فـإن القـياس يقـتضـى أن لا ينتفع بشىء منـه تركناه فى المركـوب والمحلوب للأثر، ففيما عداه يبقى على مقتضى القياس.

الضمان، إذ لا يلزمه شـغل ذمته ووفاء دين غيره بإشتراط غـيره، ولو وعده بأنه يضمنه ثم لم يفعل، لم يلزمه، كما لو وعده أن يبيعه ثم امتنع، ومتى لم يف للبائع بشرطه كان له الفسخ، كما لو شرط له صفة فى الثمن فلم يف بها.

فـصل: ولو شرط رهنًا أو ضمينًا معينًا فجـاء بغيرهما، لم يلزم البائع قبوله، وإن كان ما أتى به خـيرًا من المـشروط، مـثل أن يأتى بأكثـر قيـمة من المـشروط، أو بضـامن أوثق من المعين، لأنه عقد على مـعين، فلم يلزمه قبول غيره كالبـيع، ولأن الغرض يختلف بالأعيان، فمنـها ما يسـهل بيعـه ومنها مـا هو أقل مؤنة وأسـهل حفظًا، وبعض الذمم أمـلأ من بعض وأسهل، فلا يلزمه قبول غير المعين كسائر العقود.

فـصل: فإن تعيب الرهن أو استحال العصير خمـرًا قبل القبض، فللبائع الخيار بين قبضه معيبًا ورضـاه بلا رهن فيما إذا تخمر العصـير، وبين فسخ البيع ورد الرهن، وإن علم بالعـيب

النوع الثانى: غير الحيوان كدار استهدمت فعمرها المرتهن، لم يرجع بشىء رواية واحدة، وليس له الانتفاع بها بقدر نفقته، فإن عمارتها غير واجبة على الراهن فليس لغيره أن ينوب عنه فيما لا يلزمه فإن فعل كان متبرعًا بـخلاف الحيوان فإنه يجب على مالكه الإنفاق عليه لحرمته على نفسه.

فــصل: فأما الحـيوان إذا أنفق عليه متبـرعًا لم يرجع بشىء، لأنه تصـدق به فلم يرجع بعوضه كما لو تصدق على مـسكين، وإن نوى الرجوع على مالكه ـ وكان ذلك بإذن المالك ـ رجع عليه لأنه ناب عنه فى الإنفاق بإذنه فكانت النفقـة على المالك، كما لو وكله فى ذلك، وإن كان بغيـر إذنه فهل يرجع عليه؟ يخـرج على روايتين بناء على ما إذا قضى دينه بـغير إذنه لأنه ناب عنه فيما يلزمـه، وقال أبو الخطاب: إن قدر على استئذانه فلم يستأذنه فـهو متبرع لا يرجع بشىء، وإن عجز عن استئذانه فعلى روايتين وكذلك الحكم فيما إذا مات العبد المرهون فكفنه، والأول أقيس فى المذهب إذ لا يعتبر فى قضاء الدين العجز عن استئذان الغريم.

فــصل: وإذا انتفع المرتهن بالرهن باستخدام أو ركـوب أو لبس أو استرضاع أو استغلال أو سكنى أو غيره حـسب من دينه بقدر ذلك، قال أحمـد: يوضع عن الراهن بقدر ذلك: لأن المنافع ملك الراهن فإذا استـوفاها فعليه قيـمتها فى ذمته لـلراهن فيتقاص القيـمة وقدرها من الدين ويتساقطان.

٧٩٥- مـسألة: قـال: **(وغلة الدار وخدمة العبد وحمل الشـاة وغيرها وثمرة الشجرة المرهونة من الرهن)**.

أراد بغلة الدار: أجرها وكذلك خدمة العبد.

وجـــملـة ذلك: أن نمـاء الرهن جمـيعـه وغلاته تكـون رهنًا فى يد من الرهن فى يده

بعد قبضه فكذلك، وليس له مع إمساكه أرش من أجل العيب، لأن الرهن إنما لزم فيما حصل قبـضه، وهو الموجود، والجـزء الفائت لم يلزم تسليمـه، فلم يلزم الأرش بدلاً عنه، بخلاف المبيع، وإن تلف أو تعيب بعد القبض، فلا خيار للبائع، وإن اختلفا فى زمن حدوث العيب، فإن كان لا يحـتمل إلا قول أحدهما، فالقـول قوله من غير يمين، لأن اليـمين إنما يراد لرفع الاحتمـال، وإن احتمل قوليهمـا معًا انبنى على اختلاف المـتبايعين فى حدوث العـيب، وفيه روايتان، فيكون هـهنا وجهان: **أحدهـما**: القول قول الراهن وهو قول أبى حنيفة والشافعى، لأن الأصل صحة العـقد ولزومه، **والآخـر**: القول قول المرتهن، وهو قـياس قول الخرقى، لأنهمـا اختلفا فى قـبض المرتهن للجزء الفـائت فكان القول قوله، كـما لو اختلفـا فى قبض منفصل منه، وإن اختلفا فى زمن التلف فقال الراهن: بعـد القبض وقال المرتهن: قبله فالقول قوله، لأنه منكر للقبض، وإن كان الرهن عصيرًا فاستـحال خمرًا، واختلفا فى زمن استحالته، فالقول قـول الراهن، نص عليه أحمد، وقـال القاضى: يخرج فيه رواية أخـرى أن القول قول

كالأصل، وإذا احتيج إلى بيعه فى وفاء الدين بيع مع الأصل سواء فى ذلك المتصل كالسمن والتعلم والمنفصل كالكسب والأجرة والولد والثمرة واللبن والصوف والشعر وبنحو هذا قال النخعى والشعبى وقال الثورى وأصحاب الرأى: فى النماء يتبع، وفى الكسب لا يتبع، لأن الكسب فى حكم الكتابة والاستيلاد والتدبير فلا يتبع فى الرهن كأعيان مال الراهن، وقال مالك: يتبع الولد فى الرهن خاصة دون سائر النماء لأن الولد يتبع الأصل فى الحقوق الثابتة كولد أم الولد، وقال الشافعى وأبو ثور وابن المنذر: لا يدخل فى الرهن شىء من النماء المنفصل ولا من الكسب، لأنه حق تعلق بالأصل يستوفى من ثمنه، فلا يسرى إلى غيره كحق الجناية، قال الشافعى: ولو رهنه ماشيًا مخاضًا فنتجت، فالنتاج خارج من الرهن وخالفه أبو ثور وابن المنذر، ومن حجتهم أيضًا قول النبى ﷺ: «الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه»(١٦) والنماء غنم فيكون للراهن، ولأنها عين من أعيان ملك الراهن لم يعقد عليها عقد رهن فلم تكن رهنًا كسائر ماله.

ولنا: أنه حكم يثبت فى العين بعقد المالك فيدخل فيه النماء والمنافع كالملك بالبيع وغيره، ولأن النماء نماء حادث من عين الرهن فيدخل فيه كالمتصل، ولأنه حق مستقر فى الأم ثبت برضا المالك فيسرى إلى االولد كالتدبير والاستيلاد.

ولنا على مالك أنه نماء حادث من عين الرهن فسرى إليه حكم الرهن كالولد، وعلى أبى حنيفة أنه عقد يستتبع النماء فاستتبع الكسب كالشراء، فأما الحديث فتقول به وأن غنمه ونماءه وكسبه للراهن لكن يتعلق به حق الرهن كالأصل، فإنه للرهن والحق متعلق به، والفرق بينه وبين سائر مال الراهن أنه تبع فثبت له حكم أصله، وأما حق الجناية فإنه ثبت بغير رضا

المرتهن كالاختلاف فى البيع، وهو قول أبى حنيفة، لأن الأصل عدم القبض، كما لو اختلفا فى زمن التلف.

ولنا أنهما اتفقا على العقد والقبض، واختلفا فيما يفسد به، فكان القول قول من ينفيه كما لو اختلفا فى شرط فاسد، وفارق اختلافهما فى حدوث العيب من وجهين: **أحدهما**: أنهما اتفقا على القبض ههنا وثم اختلفا فى قبض الجزء الفائت، **الثانى**: أنهما اختلفا ههنا فيما يفسد العقد، والعيب بخلافه.

فصل: ولو وجد بالرهن عيبًا بعد أن حدث عنده عيب آخر، فله رده وفسخ البيع، لأن العيب الحادث فى ملك الراهن لا يلزم المرتهن ضمانه، بخلاف البيع، وخرجه القاضى على روايتين بناء على البيع، فعلى قوله لا يملك الرد، لا يملك الفسخ، والصحيح ما ذكرناه، وإن هلك الرهن فى يد المرتهن ثم علم أنه كان معيبًا، لم يملك فسخ البيع، لأنه قد تعذر عليه

(١٦) أخرجه الدارقطنى (٣/ ٣٣/ ح ١٣٣) والبيهقى فى السنن (٦/ ٣٩) الحاكم (٢/ ٥١) وقال الألبانى فى إرواء الغليل (١٤٠٦): مرسل.

المالك فلم يتعد ما ثبت فيه ولأنه جزاء عـدوان فاختص الجانى كالقصاص، ولأن السراية فى الرهن لا تفضى إلى استيفاء أكثر من دينه، فلا يكثر الضرر فيه.

فـصل: وإذا ارتهن أرضًا أو دارًا أو غيرهما تبعه فى الرهن ما يتبع فى البيع، فإن كان فى الأرض شجر فـقال، رهنتك هذه الأرض بحقوقـها أو ذكر ما يدل على أن الشـجر فى الرهن دخل فيه، وإن لم يذكر ذلك فهل يدخل الشجرة فى الرهن؟ على وجهين بناء على دخوله فى البيع، وإن رهنه شجرًا مثمرًا ـ وفـيه ثمرة ظاهرة ـ لم تدخل فى الرهن كما لا تدخل فى البيع وإن لم تكن ظاهرة دخلت، وقـال الشـافـعى: لا تدخل الثـمرة فى الرهن بـحال، وقـال أبو حنيفـة: تدخل بكل حال، لأن الرهن عنده لا يصح على الأصـول دون الثمرة وقد قـصد إلى عقد صحيح فتدخل الثمرة ضرورة الصحة.

ولنا: أن الثمرة المؤبرة لا تدخل فى البيع مع قوته وإزالتـه لملك البائع فالرهن مع ضعفه أولى، وعلى الشافعى أنه عـقد على الشجرة فاستـتبع الثمرة غير المـؤبرة كالبيع، ويدخل فى الرهن الصوف واللبن الموجودان كما يدخل فى البيع، وكذلك الحمل وسائر البيع فى ما بيع، لأنه عقد وارد على العين فـدخلت فيه هذه التوابع كالبيع، ولو كـان الرهن دارًا فخربت كانت أنقاضها رهنًا لأنها من أجزائها ولو كانت موهونة قبل خرابها، ولو رهنه أرضًا فنبت فيها شجر فهو من الرهن سواء نبت بفعل الراهن أو بفعل غيره لأنه من نمائها.

رده، **فإن قيل**: فالرهن غير مضمون، ولهذا لا يمنع رده بحدوث العيب فيه، **قلنا**: إنما تضمن قيمته، لأن العـقد لم يقع على ملكه، وإنما وقع على الوثيقة، فهو مضـمون بالوثيقة، أما إذا تعيب فـقد رده فيـستحق بدل مـا رده، هـهنا لم يرد شيـئًا، فلو أوجبنا لـه بدله لأوجبنا على الراهن غير ما شرط على نفسه.

فـصل: ولو لم يشرطا رهنًا فى البيع فتطوع المشترى برهن وقبضه البائع كان حكمه حكم الرهن المشروط فى البيع، إلا أنه إذا رده بعيب أو غيره لم يملك فسخ البيع.

فـصل: إذا تبايعا بشرط أن يكون المبيع رهنًا على ثمنه لم يصح، قاله ابن حامد وهو قول الشافعى، لأن المـبيع حين شرط رهنه لم يكن ملكًا له، وسواء شرط أنه يقـبضه ثم يرهنه أو شرط رهنه قبل قبضه، وقد روى عن أحمد أنه قال: إذا حبس المبيع ببقية الثمن فهو غاصب، ولا يكون رهنًا إلا أن يكون شـرطًا عليه فى نفس البـيع، وهذا يدل على صحـة الشرط، لأنه يصح بيعـه فصح رهنه، وقال القـاضى: معنى هذه الرواية أنه شـرط عليه فى البيع رهنًا غـير المبيع، فيكون له حبس المبيع حتى يقبض الرهن، فإن لم يف به فسخ البيع، وأما شرط رهن المبيع نفسه على ثمنه فلا يصح لوجوه: **أحدها**: أنه غير ملوك له، **الثانى**: أن البيع يقتضى إيفاء الثمن من غر المبيع، **والثالث**: أن البيع يقتضى أن يكون إمساك المبيع مضمونًا، والرهن أن لا يكون مضمونًا، **الرابع**: أن البيع يقتضى تسليم المبيع أولاً، ورهن المبيع يقتضى أن لا

فصل: وليس للراهن الانتفاع بالرهن باستخدام ولا وطء ولا سكنى ولا غير ذلك، ولا يملك التصرف فيه بإجارة أو إعارة ولا غيرها بغير رضا المرتهن، وبهذا قال الثورى وأصحاب الرأى وقال مالك وابن أبى ليلى والشافعى وابن المنذر: للراهن إجارته وإعارته مدة لا يتأخر انقضاؤها عن حلول الدين وهل له أن يسكن بنفسه؟ على اختلاف بينهم فيه، وإن كان الرهن عبدًا فله استيفاء منافعه بغيره، وهل له ذلك بنفسه؟ على الخلاف، وليس له إجارة الثوب ولا ما ينقص بالانتفاع وبنوه على أن المنافع للراهن لا تدخل فى الرهن ولا يتعلق بها حقه، وقد سبق الكلام فى هذا، ولأنها عين محبوسة فلم يكن للمالك الانتفاع بها كالبيع المحبوس عند البائع على استيفاء ثمنه، أو نقول: نوع انتفاع فلا يملكه الراهن، كالذى ينقص قيمة الرهن إذا ثبت هذا، فإن المتراهنين إذا لم يتفقا على الانتفاع بها لم يجز الانتفاع بها وكانت منافعها معطلة، فإن كانت دارًا أغلقت وإن كان عبدًا أو غيره تعطلت منافعه حتى يفك الرهن، وإن اتفقا على إجارة الرهن أو إعارته جاز ذلك هذا ظاهر كلام الخرقى لأنه جعل غلة الدار وخدمة العبد رهنًا، ولو عطلت منافعهما لم يكن لهما غلة، وقال ابن أبى موسى: إن أذن الراهن للمرتهن فى إعارته أو إجارته جاز والأجرة رهن، وإن أجره الراهن بإذن المرتهن، خرج من الرهن فى أحد الوجهين والآخر لا يخرج كما لو أجره المرتهن، وقال أبو الخطاب فى المشاع يؤجره الحاكم لهما، وذكر أبو بكر فى الخلاف أن منافع الرهن تعطل مطلقًا ولا يؤجراه، وهذا قول الثورى وأصحاب الرأى، وقالوا: إذا أجر الراهن الرهن بإن المرتهن كان إخراجًا من الرهن، لأن الرهن يقتضى حبسه عند المرتهن أو نائبه على الدوام فمتى وجد عقد يستحق به زوال الحبس زال الرهن.

ولنا: أن مقصود الرهن الاستيثاق بالدين واستيفاؤه من ثمنه عند تعذر استيفائه من ذمة

يسلمه حتى يقبض الثمن، وهذا تناقض فى الأحكام، وظاهر الرواية صحة رهنه، قولهم إنه غير مملوك قلنا إنما شرط رهنه بعد ملكه، وقولهم البيع يقتضى إيفاء الثمن من غير المبيع ممنوع إنما يقتضى إيفاء الثمن مطلقًا، ولو تعذر وفاء الثمن من غير المبيع لاستوفى من ثمنه، قولهم البيع يقتضى تسليم المبيع قبل تسليم الثمن ممنوع وإن سلم فلا يمنع أن يثبت بالشرط خلافه كما أن مقتضى البيع حلول الثمن ووجوب تسليمه فى الحال، ولو شرط التأجيل جاز، وكذلك مقتضى البيع ثبوت الملك فى المبيع والتمكين من التصرف فيه، وينتفى بشرط الخيار، وهذا الجواب عن باقى الوجوه، فأما إن لم يشرط ذلك فى المبيع رهنه عنده بعد البيع؛ فإن كان بعد لزوم البيع فالأولى صحته، لأنه يصح رهنه عند غيره فصح عنده كغيره، ولأنه يصح رهنه على غير ثمنه فيصح رهنه على ثمنه، وإن كان قبل لزوم البيع انبنى على جواز التصرف فى المبيع، ففى كل موضع جاز التصرف فيه جاز رهنه وإلا فلا، لأنه نوع تصرف أشبه البيع.

الرهن وهذا لا ينافى الانتفاع به، ولا إجارته ولا إعارته، فجاز اجتماعهما كانتفاع المرتهن به ولأن تعطيل منفعته تضييع للمال وقد نهى النبى ﷺ عن إضاعة المال(١٧)، ولأنه عين تعلق بها حق الوثيقة فلم يمنع إجارتها كالعبد إذا ضمن بإذن سيده، ولا نسلم أن مقتضى الرهن الحبس، وإنما مقتضاه تعلق الحق به على وجه تحصل به الوثيقة، وذلك غير مناف للانتفاع به، ولو سلمنا أن مقتضاه الحبس فلا يمنع أن يكون المستأجر نائبًا عنه فى إمساكه وحبسه ومستوفيًا لمنفعته لنفسه.

فصل: ولا يمنع الراهن من إصلاح الرهن ودفع الفساد عنه ومداوته إن احتاج إليها فإذا كان الرهن ماشية فاحتاجت إلى إطراق الفحل فللراهن ذلك لأن فيه مصلحة للرهن وزيادته وذلك زيادة فى حق المرتهن من غير ضرر، وإن كانت فحولاً لم يكن للراهن إطراقها بغير رضا المرتهن، لأنه انتفاع لا مصلحة للرهن فيه فهو كالاستخدام إلا أن يصير إلى حال يتضرر بترك الإطراق فيجوز لأنه كالمداواة له.

٧٩٦- **مسألة:** قال: **(ومؤنة الرهن على الراهن، فإن كان عبداً فمات فعليه كفنه، وإن كان سما يخزن فعليه كراء مخزنه).**

وجملته: أن مؤنة الرهن من طعامه وكسوته ومسكنه وحافظه وحرزه ومخزنه وغير ذلك على الراهن، وبهذا قال مالك والشافعى والعنبرى وإسحاق، وقال أبو حنيفة: أجر المسكن والحافظ على المرتهن لأنه من مؤنة إمساكه وارتهانه.

ولنا: قول النبى ﷺ «الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه»(١٨) ولأنه نوع إنفاق فكان على الراهن كالطعام ولأن الرهن ملك للراهن فكان عليه مسكنه وحافظه كغير الرهن، وإن أبق

فصل: قال الشيخ، رحمه الله: **(وإن اختلفا فى قدر الدين أو رده أو قال: أقبضتك عصيراً قال: بل خمراً فالقول قول الراهن).**

إذا اختلفا فى قدر الحق نحو أن يقول الراهن: رهنتك عبدى بألف فقال المرتهن: بل بألفين فالقول قول الراهن، وبه قال النخعى والثورى والشافعى والبتى وأبو ثور وأصحاب الرأى، وحكى عن الحسن وقتادة أن القول قول المرتهن ما لم يجاوز ثمن الرهن أو قيمته، ونحوه قول مالك، لأن الظاهر أن الرهن يكون بقدر الحق.

ولنا أن الراهن منكر الزيادة التى يدعيها المرتهن، والقول قول المنكر لقول رسول الله ﷺ: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى

---

(١٧) أخرجه البخارى (١٠/ ح ٥٩٧٥/ فتح) ومسلم (٣/ أقضية/ ١٣٤١) والدارمى (٢/ ح ٢٧٥١) وأحمد فى مسنده (٤/ ٢٥٠ - ٢٥١ - ٢٥٥) من حديث المغيرة بن شعبة.

(١٨) أخرجه الدارقطنى (٣/ ٣٣/ ح ١٣٣) والبيهقى فى السنن (٦/ ٣٩) والحاكم (٢/ ٥١) وقال الألبانى فى إرواء الغليل (١٤٠٦) مرسل.

العبـد فأجرة من يرده علـى الراهن، وقال أبو حنيفـة: يكون بقدر الأمانة عـلى الراهن وبقدر الضمان على المرتهن، وإن احتيج إلى مداواته لمرض أو جرح فذلك على الراهن، وعند أبى حنيفـة هو كأجر من يرده من إباقـه، وبنى ذلك على أصله فى أن يد المرتهن يد ضمـان بقدر دينه فيـه وما زاد فهـو أمانة عنده، والكلام على ذلك فى غيـر هذا الموضع، وإن مات العـبد كانت مؤنته كتجهيزه وتكفينه ودفنه عليه كسائر العبيد والإماء والأقارب من الأحرار.

فصل: وإن كان الرهن ثمرة فاحتاجت إلى سقى وتسوية وجذاذ فذلك على الراهن، وإن احتاجت إلى تجفـيف والحق مؤجل فعليه التجفـيف لأنه يحتاج أن يستبقيـها رهنًا حتى يحل الحق، وإن كانت حالاً بيعت ولم يحتج إلى تجفيفهـا، وإن اتفقا على بيعها وجعل ثمنها رهنًا بالحق المؤجل جـاز، وإن اختلفا فى ذلك قدم قول من يسـتبقيهـا بعينها، لأن العقـد يقتضى ذلك، إلا أن يكون مما نقل قيمته بالتجفيف وقد جرت العادة ببيعه رطبًا فإنه يباع ويجعل ثمنه مكانه وإن اتفقـا على قطع الثمرة فى وقت فلهمـا ذلك، سواء كان الحق حـالاً، أو مؤجلاً، وسواء كـان الأصلح القطع أو الترك، لأن الحق لا يخرج عنهـما، وإن اختلفا قـدمنا قول من طلب الأصلح إن كان ذلك قـبل حلول الحق، وإن كان الحق حالاً قـدم قول من طلب القطع لأنه إن كان المرتهن فهو طالب لاستيفاء حـقه الحال فلزم إجابته، وإن كان الراهن فهو يطلب تبرئه ذمـته تخليص عـين ملكه من الرهن والقطع أحوط من جـهة أن فى تبقـيته غـررًا، ذكر القاضى هذا فى المفلس وهو قول أكثر أصحاب الشافعى، وهذا فى معناه ويحتمل أن ينظر فى

عليـه»(12) رواه مسلم، ولأن الأصل براءة الذمة من هذه الألف، فكان القول قـول من ينفيها كما لو اختلفا فى أصل الدين، وما ذكـروه من الظاهر غير مسلم، فإن العادة رهن الشىء بأقل من قيـمته، إذا ثبت هذا فـإن القول قول الراهن فى قـدر ما رهنه، سواء اتفـقا على أنه رهنه بجميع الدين أو اختلفا، فلو اتفقا على أن الدين ألفان وقال الراهن: إنما رهنتك بأحد الألفين وقال المرتـهن: إنما رهنتنى بهما فـالقول قول الراهن مع يمينـه، لأنه ينكر تعلق المرتهن فى أحد الألفين بعبده، والقول قول المنكر، وإن اتفقا على أنه رهن بأحد الألفين، وقال الراهن: رهنته بالمؤجل، وقال المرتهن: بل بالحـال، فالقول قول الراهن مع يمينه، لأنه منكر، ولأن القول قـوله فى أصل الرهن، فكذلك فى صفتـه هذا إن لم تكن بينة، فإن كان لأحـدهما بينة حكم له بهما وجـهًا واحدًا وإن اختلفا فى قـدر الرهن فقال: رهنتك هذا العبـد فقال: بل هو والعبد الآخـر فالقول قول الراهن، لأنه منكر ولا نعلم فى هذا خـلافًا، وإن قال: رهنتك هذا العبـد قال: بل هذه الجارية خرج العـبد من الرهن لاعتراف المـرتهن بأنه لم يرهنه، وحلف الراهن على أنه ما رهنه الجارية، وخرجت من الرهن أيضًا.

---

(12) أخرجه البـخارى (٨/ ح ٤٥٥٢/ فتح) ومسلم (٣/ أقـضية/ ١٣٣٦/ ح ١) عن ابن عمـر، والنسائى (٨/ ح ٥٤٤٠) وابن ماجه (٢/ ح ٢٣٢١).

الثمرة، فإن كانت تنقص بالقطع نقصًا كثيرًا لم يجبر الممتنع من قطعها عليه، لأن ذلك إتلاف فلا يجبر عليــه كما لا يجبر على نقض داره ليبــيع أنقاضها ولا على ذبح فرسه ليبــيع لحمها، وإن كانت الثمرة مما لا ينتفع بها كمالها لم يجز قطعها قبله ولم يجبر عليه بحال.

فصل: وإن كان الرهن ماشية تحتــاج إلى إطراق الفحل لم يجبر الراهن عليه، لأنه ليس عليه ما يتضمن زيادة في الرهن وليس ذلك مما يحــتاج إليه لبقائها، ولا يمنع من ذلك لكونها زيادة لهما لا ضرر على المرتهن فيه، وإن احتاجت إلى رعى فعلى الراهن أن يقيم لها راعيًا، لأن ذلك يجرى مجرى علفــها وإن أراد الراهن السفر بها ليرعــاها فى مكان آخر وكان لها فى مكانها مرعى تتماسك به فللمرتهن منعه من ذلك، لأن فى السفر بها إخراجها عن نظره ويده،

فـــصل: وإن اختلفــا فى رد الرهن إلى الراهن فالقــول قوله، لأنه منكر والأصل مــعه، وكذلك الحكم فى المستأجر إذا ادعى رد العين المستــأجرة، وقال أبو الخطاب: يتخرج فيهما وجه آخر أن القول قول المرتهن والمستــأجر فى الرد بناء على المضارب والوكيل بجعل، فإن فيــهمــا وجهين، والفــرق بينهمــا وبين المرتهن أن المــرتهن قبض العــين لينتفع بهــا وكذلك المستأجر والوكيل قــبض العين لينتفع بالجعل لا بالعين، والمضارب قبضــها لينتفع بربحها لا بها، وإن اختلفا فى تلف العين فالقول قول المرتهن مع يمينه، لأن يده أمانة ويتعذر عليه إقامة البينة على التلف، فقبل قــوله فيه كالمودع، فإن أتلفها المرتهن أو تفلــت بتفريطه واختلفا فى القيمة فالقول قول المرتهن مع يمينه، لأنه غارم لا نعلم فى ذلك خلافًا.

فصل: وإن قال الراهن: رهنتك عصيرًا قال: بل خمرًا فالقول قول الراهن، يريد إذا كان الرهن شرط فى البيع، فــقال الراهن: رهنتك عصيرًا، فليس لك فسخ البــيع، وقال المرتهن: بل رهنتنى خمرًا فلى فسخ البــيع، فالقول قول الراهن، نص عليه أحمد، لأنهما اخــتلفا فيما يفسد العقد، فكان القول قول من ينفيه، وقد ذكرنا ذلك.

فـــصل: وإذا قال: بعتك هــذا الثوب على أن ترهننى بثمنه عبــديك هذين، قال: بل على رهن هذا وحــده، فحكى القاضى فيها روايتين: **إحداهــما:** يتحالفان، لأنهما اختلفا فى البيع فهو كالاختلاف فى الثمن، **والثانية:** القول قول الراهن، لأنه منكر لشرط رهن العبد المختلف فيه والقول قول المنكر، وهذا أصح.

فـــصل: وإن قال: أرسلت وكيلك فرهننى عبدك هذا على عشــرين وقبضها، قال: ما أمرته إلا بعشرة ولا قبــضت إلا عشرة، سئل الرسول، فإن صدق الراهن فــعليه اليمين، أنه ما رهنه إلا بعشــرة ولا قبض إلا عشــرة، ولا يمين على الراهن لأن الدعــوى على غيــره، فإذا حلف الوكيل برئا جمــيعًا، وإن نكل، فعليه العشــرة المختلف فيهــا، ولا يرجع بها على أحد، لأنه يصدق الراهن فى أنه ما أخــذها ولا أمره بأخذها، وإنما المرتهن ظلمــه، وإن صدق المرتهن وادعى أنه سلم العــشرين إلى الراهن، فــالقول قــول الراهن مع يمينه، فــإن نكل قضى عــليه

وإن أجدب مكانها فلم يجد ما تتماسك به فللراهن السفر بها، لأنه موضع ضرورة لأنها تهلك إذا لم يسافر بها إلا أنها تكون فى يد عدل يرضيان به أو ينصبه الحاكم ولا ينفرد الراهن بها فإن امتنع الراهن من السفر بها فللمرتهن نقلها، لأن فى بقائها هلاكها وضياع حقه من الراهن، فإن أرادا جميعًا السفر بها واختلفا فى مكانها قدمنا قول من يعين الأصلح، فإن استويا قدمنا قول المرتهن، وقال الشافعى: يقدم قول الراهن، وإن كان الأصلح غيره لأنه أملك بها إلا أن يكون مأواها إلى يد عدل.

ولنا: أن اليد للمرتهن فكان أولى كما لو كانا فى بلد واحد، وأيهما أراد نقلها عن البلد مع خصبه لم يكن له، سواء أراد نقلها إلى مثله أو أخصب منه إذ لا معنى للمسافرة بالرهن مع إمكان ترك السفر به، وإن اتفقا على نقلها جاز أيضًا سواء كان أنفع لها أو لا لأن الحق لهما لا يخرج عنهما.

بالعشرة وتدفع إلى المرتهن، وإن حلف برئ، وعلى الوكيل غرامة العشرة للمرتهن، لأنه يزعم أنها حق له، وإنما الراهن ظلمه، فإن عدم الوكيل وتعذر إحلافه، فعلى الراهن اليمين أنه ما أذن فى رهنه إلا بعشرة ولا قبض أكثر منها، ويبقى الرهن بعشرة.

فصل: إذا كان على رجل ألفان أحدهما برهن والآخر بغير رهن فقضى ألفًا وقال: قضيت دين الرهن، وقال المرتهن: بل قضيت الدين الآخر، فالقول قول الراهن مع يمينه، سواء اختلفا فى نية الراهن أو فى لفظه، لأنه أعلم بنيته وصفة دفعه، ولأنه يقول: الدين الباقى بلا رهن، والقول قوله فى أصل الرهن فكذلك فى صفته، وإن أطلق القضاء ولم ينو شيئًا، فقال أبو بكر: له صرفها إلى أيهما شاء، كما لو كان له مال حاضر وغائب، فأدى قدر زكاة أحدهما، فإن له أن يعين عن أى المالين شاء، وهذا قول بعض أصحاب الشافعى، وقال بعضهم: يقع الدفع عن الدينين معًا عن كل واحد نصفه، لأنهما تساويا فى القضاء فتساويا فى وقوعه عنهما، فأما إن أبرأه المرتهن من أحد الدينين واختلفا، فالقول قول المرتهن على التفصيل الذى ذكرناه فى الرهن، ذكره أبو بكر.

فصل: إذا اتفق المتراهنان على قبض العدل للرهن، لزم الرهن فى حقهما ولم يضر إنكاره، لأن الحق لهما، وإن قال أحدهما: قبضه العدل فأنكر الآخر، فالقول قول المنكر، كما لو اختلفا فى قبض المرتهن، فإن أشهد العدل بالقبض لم تقبل شهادته، لأنها شهادة الوكيل لموكله فيما هو وكيل فيه.

فصل: إذا كان فى يد رجل عبد فقال: رهنتنى عبدك هذا بألف، فقال: بل غصبته أو استعرته، فالقول قول السيد، سواء اعترف بالدين أو جحده، لأن الأصل عدم الرهن، وإن قال السيد: بعتك عبدى هذا بألف قال: بل رهنته عندى بها، فالقول قول كل واحد منهما فى العقد الذين ينكره ويأخذ السيد عبده، وإن قال: رهنتكه بألف أقرضتنيه قال: بل بعتنيه بألف قبضته منى ثمنًا فكذلك، ويرد صاحب العبد الألف ويأخذ عبده.

فـصـل: وإن كان عبـدًا يحتاج إلى ختان، والدَّيْنُ حَـالٌّ أو أجله قبل برئه منع منه ، لأنـه ينقص ثمنه وفيه ضرر وإن كان يبرأ قبل محل الحق والزمان معتدل لا يخاف عليه فيه فله ذلك لأنه من الواجبـات ويزيد به الثمن ولا يضر المرتهن ومـؤنته على الراهن، فإن مرض فـاحتاج إلى دواء لم يجبر الراهن عليه لأنه يتحقق أنه سبب لبقائه، وقد يبرأ بغير علاج بخلاف النفقة، وإن أراد الراهن مداواته بما لا ضرر فيه لم يمنع منه، لأنه مصلحـة لهما من غير ضرر بواحد منهما.

وإن كان الدواء مما يخـاف غائلته كالسموم فللمـرتهن منعه منه، لأنه لا يأمن تلفه، وإن احتاج إلى فـصد أو احتاجت الدابة إلى توديج ـ ومـعناه فتح الودجين حتى يسـيل الدم وهما عرقان عريضان غليظان من جانبى ثـغرة النحر ـ أو تبزيغ ـ وهو فتح الرهصة(١٩) ـ فللـراهن

فـصل: وإذا ادعى على رجلين فقال: رهنتـمانى عبدكما بدينى عليكمـا فأنكراه، فالقول قولهـما ، فإن شهد كل واحد منهما على صـاحبه قبلت شهادته، وللمرتهن أن يحلف مع كل واحد منهما ويصيـر جميعه رهنًا، أو يحلف مع أحدهما ويصيـر نصيب الآخر رهنًا، وإن أقر أحدهما ثبت فى حقه وحده، وإن شهد المقر على المنكر قبلت شهادته، لأنه لا يجلب لنفسه نفعًـا، ولا يدفع عنها، وبهذا قـال أصحاب الشافـعى، وقال بعضـهم: إذا أنكرا جميعًـا ففى شهادتهما نظر، لأن المشهود له يدعى أن كل واحـد منهما ظالم له بجحوده حقه من الرهن، ومتـى طعن المشـهود له فى شـهوده لم تقـبل شهـادتهم له، قلنا: هذا لا يصح، فـإن إنكار الدعوى لا يثبت به فسق المدعى عليه، وإن كان الحق عليـه، لجواز أن ينسى أو يلحقه شبهة فيـما يدعيه أو ينكره، ولذلـك لو تداعى رجلان شيئًـا وتخاصمـا فيه، ثم شهـدا عند الحاكم بشىء، لم ترد شـهادتهـما، وإن كان أحـدهما كـاذبًا، ولو ثبت الفسق بـذلك لم يجز قـبول شهادتهما جميعًا مع تحقق الجرح فى أحدهما.

فصل: وإذا ادعى رجلان على رجل أنه رهنهما عبده، وقال: كل واحد منهما رهنه عندى دون صاحـبى فأنكرهما فالقـول قوله ، وإن أنكر أحدهما وصدق الآخـر، سلم إلى من صدقه وحلف للآخر، وإن قال: لا أعلم المرتهن منهـما، حلف على ذلك، والقول قول من هو فى يده منهمـا مع يمينه، وإن كـان فى أيديهما حـلف كل واحد منهمـا على نصفـه، وصار رهنًا عنده، وإن كان فى يد غـيرهما أقرع بينهمـا فمن قرع صاحـبه، حلف وأخذه، كمـا لو ادعيا ملكه، وإن قال: رهنتـه عند أحدهما ثم رهنتـه عند الآخر، ولا أعلم السابق منهـما فكذلك، وإن قال: هذا هو السـابق بالعقد والقـبض، سلم إليه وحلف الآخر، وإن نكل والعـبد فى يد الأول أو يد غيره فعليه قيمته للثانى كما لو قال: هذا العبد لزيد وغصبته من عمرو، فإنه يسلم

---

(١٩) **الرهصة**: وقرة تصيب باطن حافر الدابة.

فعل ذلك ما لم يخف منه ضررًا، وإن احـتيج إلى قطع شيء من بدنه بدواء لا يخاف منه جاز، وإن خيف منه لم يجبر وإن كانت به آكلة كان له قطعـها، لأنه يخاف من تركها لا من قطعها، لأنه لا يحس بلحم ميت، وإن كانت به خبيثة فـقال أهل الخبرة الأحوط قطعها وهو أنفع من بقـائها فللراهن ذلك وإلا فلـيس له فعله، وإن تسـاوى الخوف علـيه فى الحـالين لم يكن له قطعها، لأنه يحـدث جرحًا فيه لم يترجح إحـداثه إن كانت به سلعة (٢٠) أو إصـــبع زائدة لم يملك الراهن قطعهـا، لأن قطعها يخاف منه وتركهـا لا يخاف منه، وإن كانت الماشـية جربة فأراد الراهن دهنهـا بما يرجى نفعـه ولا يخاف ضرره كـالقطران والزيت اليسـير لم يمنع وإن خيف ضـرره كالكثـير فللمـرتهن منعه، وقـال القاضى: له ذلك بـغير إذن المـرتهن، لأن له معالجـة ملكه، وإن امتنع من ذلك لم يجبر عليـه، ولو أراد المرتهن مداواتها بما ينفـعها ولا يخشى ضرره لم يمنع، لأن فيه إصلاح حقـه بما لا يضر بغيره وإن خيف منه الضرر لم يمكن منه، لأن فيه خطرًا بحق غيره.

إلى زيد ويغرم قيمته لعمرو، وإن نكل والعبد فى يد الثانى أقر فى يده وغرم قيمته للأول، لأنه أقر له بعد ما فعل مـا حال بينه وبين من أقر له به، فلزمته قيمتـه كما قلنا، وقال القاضى: إذا اعترف لغير من هو فى يده، فهل يرجح صاحب اليـد أو المقر له؟ على وجهين، ولو اعترف لأحدهما وهو فى يديهما ثبتت يد المقر له فى النصف وفى النصف الآخر وجهان.

35- مـسـألة: (وإن أقر الراهن أنه أعتق العبد قبل رهنه، فـالحكم فى ذلك كما لو أعتقه بعد رهنه).

على مـا ذكرنا من الخـلاف، لأن كل من صح منه إنشاء عـقد صح منه الإقـرار به، ولا يقبل قـوله فى تقدم عتقـه، لأنه يسقط حق المرتهن من عوضـه فعلى هذا تؤخذ منه قيـمته، فتجعل رهنًا مكانه ـ إن كان موسرًا ـ لأنه فوته على الراهن بإقراره فهو كما لو أعتقه، وإن كان معسرًا فالحكم فيه كما ذكرنا.

36- مـسـألة: (وإن أقر أنه كان جنى أو أنه باعه أو غصبـه، قبل على نفسه ولـم يقبل على المرتهن إلا أن يصدقه).

وجملـته أنه إذا أقر الراهن أن العبد كان جنى قبل رهنه فكذبه المرتهن وولى الجناية، لم يسمع قـوله، وإن صدقه ولى الجناية وحده قـبل إقراره على نفسه دون المـرتهن ويلزمه أرش الجناية، لأنه حال بين المجنى عليه وبين رقبة الجانى بفعله، فأشبه ما لو جنى عليه، وإن كان معسـرًا فمتى انفك الرهن، كان المجنى عليـه أحق برقبته، وعلى المرتـهن اليمين أنه لا يعلم ذلك، فإن نكل قضى عليه، وفى وجه آخر أنه يبطل إقرار الراهن، لأنه غير متهم لكونه تغريمًا يخرج الرهن من ملكه وعليه اليمين، لأنه يبطل بإقراره حق المرتهن فيه، فإن أقر أنه غصبه لم

---

(٢٠) السلعة: كالغدة فى الجسم.

فصل: **فإن كان الرهن نخلاً فاحتاج إلى تأبير فهو على الراهن وليس للمرتهن منعه،** لأن فيه مصلحة بغير مضـرة، وما يسقط من ليف أو سعف أو عراجين فهو من الرهن، لأنه من أجزائه أو من نمائه، وقال أصحاب الشافعى: ليس من الرهن بناء منهم على أن النماء ليس منه، ولا يصح ذلك ههنا، لأن السعف من جملة الأعيان التى ورد عليها عقد الرهن، فكانت منه كالأصول وأنقاض الدار، وإن كان الرهن كرمًا فله زباره، لأنه لمصلحته، ولا ضرر فيه، والزرجون من الرهن ولو كان الشجر مزدحمًا، وفى قطع بعضه صلاح لما يبقى فله ذلك، وإن أراد تحويله كله لم يملك ذلك، وإن قيل: هو الأولى، لأنه قد لا يعلق فيفوت الرهن، وإن امتنع الراهن من فعل هذا كله، لم يجبر عليه، لأنه لا يلزمه فعل ما فيه زيادة من الرهن.

يقبل على المرتهن، لأن إقرار غيره لا يقبل فى حقه، فعلى هذا لا يخرج من الراهن ولا يزول شىء من أحكام الرهن، ويلزمه قيمته للمغصوب منه، لأنه حال بينه وبينه برهنه، وكذلك لا يقبل إقراره على المرتهن ببيع ولا هبة لما ذكرنا، فإن صدقه المرتهن فى ذلك بطل الرهن لاعترافه بما يبطله، فإذا انفك أخذ الراهن بإقراره.

فصل: قال الشيخ ﷺ: **(وإذا كان الرهن مركوبًا أو محلوبًا فللمرتهن أن يركب ويحلب بقدر نفقته متحريًا للعدل فى ذلك).**

وجملة ذلك أن الرهن ينقسم إلى قسمين: حيوان وغيره، والحيوان نوعان: **أحدهما:** أن يكون مركوبًا أو محلوبًا فللمرتهن أن ينفق عليه ويركب ويحلب بقدر نفقته متحريًا للعدل فى ذلك، نص عليه أحمد فى رواية محمد بن الحكم وأحمد بن القاسم، واختاره الخرقى وهو قول إسحاق، وسواء أنفق مع تعذر النفقة من الراهن لغيبة أو امتناع أو مع القدرة على أخذ النفقة منه واستئذانه، وعن أحمد رواية أخرى لا يحتسب له بما أنفق وهو متطوع بها ولا ينتفع من الرهن بشىء، وهذا قول أبى حنيفة ومالك والشافعى لقول رسول الله ﷺ: «الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه» ولأنه ملك غيره لم يأذن له فى الانتفاع به، ولا الإنفاق عليه فلم يكن له ذلك كغير الرهن.

ولنا ما روى البخارى بإسناده عن أبى هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «الرهن يركب بنفقته إذا كان مرهونًا، والدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونًا، وعلى الذى يركب ويشرب النفقة» (13) فجعل منفعته بنفقته، وهذا محل النزاع، **فإن قيل:** المراد به الرهن ينفق وينتفع **قلنا:** لا يصح لوجهين: **أحدهما:** أنه قد روى فى بعض الألفاظ إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها، ولأن الدر يشرب وعلى الذى يشرب نفقته، فجعل المنفق المرتهن فيكون هو المنتفع، **الثانى:** أن قوله بنفقته يشير إلى أن الانتفاع عوض النفقة، وإنما ذلك فى حق

---

(13) أخرجه البخارى (٤/ ح ٢٥١٢/ فتح) وأبو داود (٣/ ح ٣٥٢٦) والترمذى (٣/ ح ١٢٥٤) وابن ماجه (٢/ ح ٢٤٤٠) وأحمد فى مسنده (٢/ ٢٢٨، ٤٧٢) من حديث أبى هريرة.

فـصل: وكل زيادة تلزم الراهن، إذا امتنع أجبـره الحاكم عليها ، وإن لم يفعل اكترى له الحاكم من ماله، فـإن لم يكن له مال اكترى من الرهن، فإن بذلها المـرتهن متطوعًا لم يرجع بشيء، وإن أنفق بإذن الراهن أو إذن الحاكم عند تعذر إذن الراهن محتسبًا رجع به، وإن تعذر إذنهما أشهد علـى أنه أنفق ليرجع بالنفقة وله الرجوع بها، وإن أنفق من غيـر استئذان الحاكم مع إمكانه، أو من غير إشهاد بالرجوع عند تعذر استئذانه ليرجع به فهل يرجع؟ على روايتين، وإن أنفق بإذن الراهن ليكون الرهن رهنًا بالنفـقة والدين الأول لم يصح ولم يصر رهنًا بالنفـقة لما ذكر، وإن قال الراهن: أنفقت متبرعًا، وقال المرتهن: بل أنفقت محتسبًا بالرجوع، فالقول قول المرتهن، لأن الخـلاف في نيته وهو أعلم بها، ولا اطلاع لغيره من الناس علـيها، وعليه اليـمين، لأن مـا قوله الراهن مـحتـمل، وكل مؤنة لا تلزم الراهن كنفـقة المـداواة والتأبـير وأشباههما لا يرجع بها المرتهن إذا أنفقها محتسبًا أو متبرعًا.

المرتهن، أما الراهن فإنفاقه وانتفاعه لا بطريق المعاوضة لأحدهما بالآخر، ولأن نفقة الحيوان واجبة وللمـرتهن فيه حق، وقد أمكنه اسـتيفاء حقـه من نماء الرهن والنيابة عن المالك فـيما وجب عليه واستيفاء ذلك من منافعه، فجاز ذلك كما يجوز للمرأة أخذ مؤنتها من مال زوجها عند امتناعه بغير إذنه، والنيابة عنه في الإنفاق عليها، والحديث نقول به والنماء للراهن، ولكن للمرتهن ولاية صرفها إلى نفقته، لثبوت يده عليه وولايته، وهذا فيمن أنفق محتسبًا بالرجوع، فإن أنفق متبرعًا بغير نية الرجوع لم ينتفع به رواية واحدة.

فـصل: النوع الثاني من الحيوان غير المركوب والمحلوب كالعبد والأمة فليس للمرتهن أن ينفق عليـه ، ويستخدمه بقدر نفقته في ظاهر المذهب، ذكره القاضي ونص عليه أحمد في رواية الأثرم قال: سمعت أبا عبد الله يُسأل عن الرجل يرهن العبـد فيستخدمه فقال: الرهن لا ينتفع منه بشيء إلا حـديث أبي هريرة خاصة في الذي يركب ويـحلب ويعلف، قلت له: فإن كان الركوب واللبن أكثر؟ قال: لا إلا بقدر، ونقل حنبل عن أحمد أن له استخدام العبد أيضًا، وبه قال أبو ثور إذا امتنع المالك من الإنفاق عليه، وقال أبو بكر خالف حنبل الجماعة والعمل على أنه لا ينتفع من الرهن بشيء إلا ما خصه الشـرع فإن القياس أنه لا ينتفع بشيء منه تركناه في المركوب والمحلوب لأثر، ففيما عداه يبقى على مقتضى القياس.

القسم الـثاني: ما لا يحتاج إلى مؤنة كـالدار والمتاع ونحوه ، فلا يجوز للمرتهن الانتفاع بغيـر إذن الراهن، لا نعلم في ذلك خلافًـا، لأنه الرهن ملك الراهن فكذلك نمـاؤه، فإن أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بغير عوض وكان دين الراهن من قرض لم يجز، لأنه يصير قرضًا جر منفـعة، وذلك حرام، قال أحـمد: أكره قرض الدور وهو الربا المـحض، يعني إذا كانت رهنًا في قرض ينتفع بهـا المرتهن، وإن كان الرهن بثمن مبيع أو أجـر دار أو دين غير القرض فأذن له الراهن في الانتفاع جاز ذلك، وقد روى عن الحسن وابن سيرين، وهو قول إسحاق،

٧٩٧- **مسألة:** قال: **(والرهن إذا تلف بغير جناية من المرتهن رجع المرتهن بحقه عند محله وكانت المصيبة فيه من راهنه وإن كان بتعدى المرتهن أو لم يحرزه ضمن).**

أما إذا تعـدى المرتهن فى الرهن، أو فـرط فى الحفظ للرهن الذى عنده حـتى تلف فإنه يضمن، لا نعلم فى وجوب الضمان عليه خـلافًا، ولأنه أمانة فى يده فلزمه إذا تلف بتعديه أو تفريطه كالوديـعة، وأما إن تلف من غير تعـد منه ولا تفريط، فلا ضمـان عليه، وهو من مال الراهن يروى ذلك عن على رضي الله عنه وبه قال عطاء والزهرى والأوزاعى والشـافعى وأبو ثور وابن المنذر ويروى عن شريح والنخعى والحسن: أن الرهن يضمن بجميع الدين، وإن كان أكثر من قيمته، لأنه روى عن النبى ﷺ أنه قال: «الرهن بما فيه»(٢١) وقال مالك إن كان تلفه بأمر

فأمـا إن كان الانتفاع بعـوض مثل أن استـأجر المرتهن الدار من الراهن بأجـرة مثلها من غـير محاباة جـاز فى القرض وغيره، لكونه ما انتـفع بالقرض إنما انتفع بالإجارة، وإن حـاباه فهو كالانتفاع بغيـر عوض يجوز فى غير القرض ومتى استأجرها أو اسـتعارها المرتهن فظاهر كلام أحمـد أنها تخرج عن كونهـا رهنًا، فمتى انقـضت الإجارة أو العارية عاد الرهن بحـاله، قال أحمد فى رواية الحسن بن ثواب قال أحمد: إذا كان الرهن دارًا فقال المرتهن: أسكنها بكرائها وهى وثيقة بحقى تنتقل فتصير دينًا وتتحول عن الرهن، وكذلك إن أكراها للراهن، وقال أحمد فى رواية ابن منصور: إذا ارتهن دارًا ثم أكراها لصاحبـها خرجت من الرهن، فإذا رجعت إليه صـارت رهنًا، قـال شيـخنا: والأولى أنهـا لا تخـرج من الرهن إذا اسـتأجـرها المـرتهن أو استعارها، لأن القبض مستدام ولا تنافى بين العقدين، وكلام أحمد فى رواية الحسن بن ثواب محـمول عـلى أنه أذن للراهن فى سكناها كـما فى رواية ابن منصـور، لأنها خـرجت عن يد المرتهن فزال اللزوم لزوال اليـد بخلاف ما إذا سكنها المرتهن، ومتى استـعار المرتهن الرهن صار مضـمونًا عليه، وبهذا قال الشافـعى، وقال أبو حنيفة: لا ضمـان عليه ومبنى ذلك على العارية هل هى مضمونة أم لا؟ وسيأتى ذلك.

37- **مسألة: (وإن أنفق على الرهن بغير إذن الراهن مع إمكانه فهو متبرع).**

إذا أنفق على الحيوان متبرعًا لم يرجع بشـىء، لأنه تصدق به فلم يرجع بعوضه كالصدقة على مسكين، وإن نوى الرجـوع على المالك، وكان ذلك بإذن المـالك رجع عليه، لأنه ناب عنه فى الإنفاق بإذنه فكانت النفقة على المالك كما لو وكله فى ذلك.

38- **مسألة: (وإن عجز عن استئذانه ولم يستأذن الحاكم فعلى روايتين).**

مفـهوم كلامه هـهنا أنه متى قدر على استـئذان المالك فلم يسـتأذنه أن يكون متبـرعًا لا يرجع بشىء، وكـذلك ذكره أبو الخطاب، لأنه مفـرط فى ترك استـئذانه مع القدرة عـليه فلم

---

(٢١) أخرجه البيـهقى فى السنن (٦/ ٤٠) والدارقطنى (٣/ ٣٣/ ح ١٢٣) وفيه أحمد بن مـحمد بن غالب وهو غلام خليل كذابًا يضع الحديث وأيضًا عبد الكريم بن روح ضعفه الدارقطنى.

ظاهر كالموت والحريق، فمن ضمان الراهن، وإن ادعى تلفه بأمر خفى لم يقبل قوله وضمن، وقال الثورى وأصحاب الرأى: يضمنه المرتهن بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الدين، ويروى ذلك عن عمر بن الخطاب ﷺ، واحتجوا بما روى عطاء: أن رجلاً رهن فرسًا، فنفق عند المرتهن، فجاء إلى النبى ﷺ فأخبره بذلك، فقال: «ذهب حقك»(٢٢) ولأنها عين مقبوضة للاستيفاء فيضمنها من قبضها لذلك، أو من قبضها نائبه كحقيقة المستوفى، ولأنه محبوس بدين فكان مضمونًا كالمبيع إذا حبس لاستيفاء ثمنه.

ولنا: ما روى ابن أبى ذئب عن الزهرى عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال: «لا يغلق الرهن لصاحبه غنمه وعليه غرمه»(٢٣) رواه الأثرم عن أحمد بن عبد الله بن يونس

يرجع كما لو عمر داره بغير إذنه، وإن عجز عن استئذانه ولم يستأذن الحاكم ففيه روايتان: **إحداهما**: أنه متبرع، لأنه لم يستأذن مالكه ولا من يقوم مقامه أشبه ما لو كان المالك حاضراً فلم يستأذنه، **والثانية**: يرجع عليه، لأنه انفق عليه عند العجز عن استئذانه أشبه ما لو عجز عن استئذان الحاكم، وكذلك الحكم فيما إذا مات العبد المرهون، وقال شيخنا: فيمن أنفق بغير إذن الراهن بنية الرجوع مع إمكانه أنه يخرج على روايتين بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه وهذا أقيس فى المذهب إذ لا يعتبر فى قضاء الدين العجز عن استئذان الغريم.

39- مسألة: (وكذلك الحكم فى الوديعة وفى نفقة الجمال إذا هرب الجمال وتركها فى يد المكترى).

لأنها أمانة فأشبهت الرهن.

40- مسألة: (وإن انهدمت الدار فعمرها المرتهن بغير إذن الراهن لم يرجع به رواية واحدة).

وليس له الانتفاع بها بقدر عمارتها فإن عمارتها غير واجبة على الراهن فليس لغيره أن ينوب عنه فيما لا يلزمه، فإن فعل كان متبرعًا كالأجنبى بخلاف نفقة الحيوان فإنها تجب على مالكه لحرمته فى نفسه، وكذلك كفن العبد إذا مات يجب على سيده.

فصل: قال الشيخ: **(إذا جنى الرهن جناية موجبة للمال تعلق أرشها برقبته وللسيد فداؤه بالأقل من قيمته أو أرش جنايته أو بيعه فى الجناية أو يسلمه إلى ولى الجناية فيملكه، وعنه إن اختار فداءه لزمه جميع الأرش)**.

وجملة ذلك أن العبد المرهون إذا جنى على إنسان أو على ماله تعلقت الجناية برقبته

---

(٢٢) أخرجه البيهقى فى السنن (٦/ ٤١) وقال: قد كفانا الشافعى، رحمه الله، بيان وهن هذا الحديث، وذكره الزيلعى فى نصب الراية (٤/ ٣٢١) وقال عبد الحق فى أحكامه: هو مرسل وضعيف، قال ابن القطان فى كتابه: ومصعب بن ثابت بن عبد الله بن الزبير ضعيف كثير الغلط، وإن كان صدوقًا.

(٢٣) تقدم برقم (٤) مغنى.

عن ابن أبى ذئب ورواه الشافعى عن ابن أبى فديك عن ابن أبى ذئب ولفظه «الرهن من صاحبه الذى رهنه» وباقيه سواء، قال ووصله ابن المسيب عن أبى هريرة عن النبى ﷺ مثله

وقدمت على حق المرتهن بغير خلاف علمناه لأنها مقدمة على حق المالك، والملك أقوى من الرهن فأولى أن يقدم على الرهن، **فإن قيل:** فحق المرتهن أيضًا يقدم على حق المال، **قلنا:** حق المرتهن ثبت من جهة المالك بعقده وحق الجناية ثبت بغير اختياره مقدمًا على حقه فيقدم على ما ثبت بعقده، ولأن حق الجناية مختص بالعين يسقط بفواتها، وحق المرتهن لا يسقط بفوات العين ولا يختص بها فكان تعلقه بها أحق وأولى، فإن كانت جنايته موجبة للقصاص فى النفس فلولى الجناية استفاؤه، فإن اقتص سقط الرهن كما لو تلف، وإن كانت فى طرف اقتص منه وبقى الرهن فى باقيه، وإن عفى على مال تعلق برقبة العبد وصار كالجناية الموجبة للمال فيقال للسيد: أنت مخير بين فدائه وبين تسليمه للبيع، فإن اختار فداءه فداه بأقل الأمرين من قيمته أو أرش الجناية فى أصح الروايتين، لأنه إن كان الأرش أقل فالمجنى عليه لا يستحق أكثر من أرش جنايته، وإن كانت القيمة أقل فلا يلزمه أكثر منها، لأن ما يدفعه عوض عن العبد فلا يلزم أكثر من قيمته كما لو أتلفه، **والثانية:** يفديه بأرش الجناية بالغًا ما بلغ، لأنه ربما يرغب فيه راغب فيشتريه بأكثر من قيمته.

41- مسألة: **(فإن فداه فهو رهن بحاله، وإن سلمه بطل الرهن)**.

إذا فداه الراهن فهو رهن بحاله لأن حق المرتهن قائم لوجود سببه، وإنما قدم حق المجنى عليه لقوته، فإذا زال ظهر حكم الرهن كحق من لا رهن له مع حق المرتهن فى تركه المفلس إذا أسقط المرتهن حقه ظهر حكم الآخر وهذا مذهب الشافعى، وإن سلمه بطل الرهن لفوات محله فهو كما لو تلف.

42- مسألة: **(فإن لم يستغرق الأرش قيمته بيع منه بقدره وباقيه رهن، وقيل يباع جميعه ويكون باقى ثمنه رهنًا)**.

إذا لم يستغرق أرش الجناية قيمة الرهن بيع منه بقدر الأرش وباقيه رهن، لأن بيعه إنما جاز ضرورة إيفاء الحق، فإذا اندفعت الضرورة ببيع البعض لم يجز بيع ما بقى لعدم الضرورة فيه، فإن تعذر بيع بعضه بيع كله للضرورة المقتضية لبيعه ويكون باقى ثمنه رهنًا لعدم تعلق الجناية به، وقال أبو الخطاب: هل يباع منه بقدر الجناية أو يباع جميعه ويكون الفاضل من ثمنه عن أرش جنايته رهنًا؟ على وجهين: **أحدهما:** يباع بعضه خاصة لما ذكرنا، **والثانى:** يباع جميعه، لأن بيع البعض يستقبض له وهو عيب ينقص به الثمن وذلك يضر بالمالك والمرتهن، وقد قال ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»(14).

(14) أخرجه ابن ماجه (٢/ ح ٢٣٤١) من حديث ابن عباس، ومالك فى الموطأ (٢/ ٧٤٥/ ح ٣١) وأحمد فى مسنده (١/ ٣١٣) وإسناده صحيح.

أو مثل معناه من حديث أبي أنيسة، ولأنه وثيقة بالدين، فلا يضمن كالزيادة على قدر الدين، وكالكفيل والشاهد، ولأنه مقبوض بعقد واحد بعضه أمانة، فكان جميعه أمانة كالوديعة، وعند مالك: أن ما لا يضمن به العقار لا يضمن به الذهب كالوديعة، فأما حديث عطاء فهو مرسل، وقول عطاء يخالفه، قال الدارقطني: يرويه إسماعيل بن أمية وكان كذابًا، وقيل يرويه مصعب ابن ثابت وكان ضعيفًا، ويحتمل أنه أراد ذهب حقك من الوثيقة بدليل أنه لم يسأل عن قدر الدين وقيمة الفرس، وحديث أنس إن صح فيحتمل أنه محبوس بما فيه، وأما المستوفى فإنه صار ملكًا للمستوفي وله نماؤه وغنمه، فكان عليه ضمانه وغرمه بخلاف الرهن والبيع قبل القبض ممنوع.

43- مسألة: (فإن اختار المرتهن فداءه ففداه بإذن الراهن رجع به، وإن فداه بغير إذنه فهل يرجع به على روايتين).

إذا امتنع الراهن من فداء الجاني فالمرتهن مخير بين فدائه وتسليمه، فإن اختار فداءه فبكم يفديه؟ يخرج على روايتين فيما يفديه به الراهن، فإن فداه بإذن الراهن رجع به عليه كما لو قضى دينه بإذنه، وإن فداه متبرعًا لم يرجع بشيء، وإن نوى الرجوع فهل يرجع بذلك؟ على وجهين بناء على ما لو قضى دينه بغير إذنه، فإن زاد على الفداء الواجب لم يرجع به وجهًا واحدًا، ومذهب الشافعي كما ذكرنا إلا أنه لا يرجع بما فداه بغير إذنه وجهًا واحدًا، وإن شرط له الراهن الرجوع رجع قولاً واحدًا، وإن قضاه بإذنه من غير شرط الرجوع ففيه وجهان، وهذا أصل يذكر فيما بعد، وإن فداه وشرط أن يكون رهنًا بالفداء مع الدين الأول فقال القاضي: يجوز ذلك لأن المجني عليه يملك بيع العبد وإبطال الرهن فصار بمنزلة الرهن الجائز قبل قبضه والزيادة في دين الرهن قبل لزومه جائزة، ولأن أرش الجناية متعلق به وإنما ينتقل من الجناية إلى الرهن، وفيه وجه آخر أنه لا يجوز، لأن العبد رهنٌ بدين فلم يجز رهنه بدين سواه كما لو رهنه بدين غير هذا، وذهب أبو حنيفة إلى أن ضمان جناية الرهن على المرتهن فإن فداه لم يرجع بالفداء، وإن فداه الراهن وبيع في الجناية سقط دين الرهن إن كان بقدر الفداء وبناء على أصله في أن الرهن من ضمان المرتهن وقد ذكرنا ذلك.

فصل: فإن كانت الجناية على سيد العبد فلا يخلو من حالين: أحدهما: أن تكون غير موجبة للقود كجناية الخطأ وإتلاف مال فيكون هدرًا، لأن العبد مال سيده فلا يثبت له مال في ماله، **الثاني:** أن تكون موجبة للقود فلا يخلو أن تكون على النفس أو على ما دونها، فإن كانت على ما دون النفس فالحق للسيد، فإن عفا على مال سقط القصاص ولم يجب المال لما ذكرنا، وكذلك إن عفا على غير مال وإن أراد أن يقتص فله ذلك لأن السيد لا يملك الجناية على عبده فيثبت له ذلك بجناية عليه كالأجنبي، ولأن القصاص يجب للزجر والحاجة داعية إلى زجره عن سيده، فإن اقتص فعليه قيمته تكون رهنًا مكانه أو قضاء عن الدين لأنه

فـصل: وإذا قضـاه جميع الحق أو أبرأه من الدين بقـى الرهن أمانة فى يده ، وبهـذا قال الشافـعى، وقال أبو حنـيفة: إذا قـضاه كـان مضـمونًا، وإذا أبرأه أو وهبـه لم يكن مضـمونًا استحسانًا وهذا مناقضة لأن القبـض مضمون منه لم يزل ولم يبرئه منه، وعندنا أنه كان أمانة، وبقى على مـا كان عليـه، وليس عليه رده، لأن أمـسكه بإذن مالكه ولا يـختص بنفـعه فـهو كالوديعـة بخلاف العارية، فإنه يخـتص بنفعها، وبخـلاف ما لو أطارت الريح إلى داره ثوبًا، لزمه رده إلى مالكه، لأنه مالكـه لم يأذن فى إمساكه، فأما إن سأل مـالكه فى هذه الحال دفعه إليه لزم من هو فى يده من المـرتهن أو العدل دفعـه إليه إذا أمكنه، فإن لم يفعل صـار ضامنًا كالمودع إذا امـتنع من رد الوديعة عند طلبهـا، وإن كان امتناعه لعـذر مثل أن يكون بينه وبينه طريق مخيف أو باب مغلق لا يمكنه فتحه أو كان يخاف فوت جمعة أو جماعة أو فوت صلاة أو به مرض أو جـوع شديد وما أشـبهه فـأخر التسليم لذلك فـتلف فلا ضمـان عليه، لأنه لا تفريط فأشبه المودع.

فـصل: وإذا قبض المرتهن الرهن فوجده مستحقًا لزمه رده على مالكه، والرهن باطل من أصله ، فإن أمسكه مع علمه بالغصب حتى تلف فى يده استقر عليه الضمان، وللمالك تضمين أيهما شاء، فإن ضمن المـرتهن لم يرجع على أحد لذلك، وإن ضمن الراهن رجع عليه، وإن لم يعلم بالغصب حتى تلف بتفريطه فالحكم كذلك، لأن الضمان يستقر عليه، وإن تلف بغير تفريطه ففيه ثلاثة أوجه: **أحـدها**: يضمن ويستقر الضمان عليه، لأن مال غيره تلف تحت يده

أخرجه عن الرهن باختياره فكان عليه بدله كما لو أعتقه، ويحتمل أن لا يجب عليه شىء لأنه اقتص بإذنه فكأنه اقتص بإذن الشارع فلم يلزمه شىء كالأجنبى، وكذلك إن كانت الجناية على النفس فاقتص الورثة فهل تجب عليهم القيـمة؟ يخرج على ما ذكرنا، وليس للورثة العفو على مال لما ذكرنا فى السيد لأنهم يقومون مـقام الموروث، وذكر القاضى وجهًا آخر أن لهم ذلك لأن الجناية فى ملك غيـرهم فكان لهم العفو على مـال كما لو جنى على أجنبى، وللشـافعى قولان كالوجـهين، فإن عفـا بعض الورثة سقط القصاص وهل يثـبت لغير العافى نصـيبه من الدية؟ على الوجهين ومذهب الشافعى فى هذا الفصل على نحو ما ذكرناه.

فـصل: فإن جنى المرهون على عبد سيده لم يخل من حالين:

أحدهما: أن لا يكون مرهونًا فحكمه حكم الجناية على طرف سيده له القصاص إن كانت جنايته موجبـة له فإن عفا على مال أو غيره أو كـانت الجناية لا توجب القصاص ذهبت هدرًا وسواء كان المجنى عليه قنًا أو مدبرًا أو أم ولد.

الحال الـثانى: أن يكون رهنًا فلا يخلو إما أن يكون رهنًا عند مرتهن القاتل أو غيره، فإن كان عند مرتهن القاتل والجناية موجبة للقـصاص فللسيد القصاص، فإن اقتص بطل الرهن فى المجنى عليه وعليه قيمة المقـتص منه، ويحتمل أن لا يجب، لأنه اقتص بإذن الشارع فإن عفا

العادية فاستقر الضمان عليه كما لو علم، **والثاني**: لا ضمان عليه، لأنه قبضه على أنه أمانة من غير علمه، فلم يضمنه كالوديعة، فعلى هذا يرجع المالك على الغاصب لا غير، **والوجه الثالث**: أن للمالك تضمين أيهما شاء ويستقر الضمان على الغاصب فإن ضمن الغاصب لم يرجع على أحد، وإن ضمن المرتهن رجع على الغاصب لأنه غره فرجع عليه كالمغرور بحرية أمة.

٧٩٨- **مسألة:** قال: **(وإن اختلفا فى القيمة فالقول قول المرتهن مع يمينه، وإن اختلفا فى قدر الحق فالقول قول الراهن مع يمينه إذا لم يكن لواحد منهما بما قال بينة)**.

يعنى: إذا اختلفا فى قيمة الرهن إذا تلف فى الحال التى لزم المرتهن ضمانه، وهى إذا تعدى أو لم يحرز فالقول قول المرتهن مع يمينه لأنه غارم، ولأنه منكر لوجوب الزيادة على ما أقر به والقول قول المنكر، وبهذا قال الشافعى، ولا نعلم فيه مخالفًا، وإن اختلفا فى قدر الحق نحو أن يقول الراهن: رهنتك عبدى هذا بألف، فقال المرتهن: بل بألفين فالقول قول الراهن وبهذا قال النخعى والثورى الشافعى والبتى وأبو ثور وأصحاب الرأى، وحكى عن الحسن وقتادة: أن القول قول المرتهن ما لم يجاوز ثمن الرهن أو قيمته ونحوه قول مالك، لأن الظاهر أن الرهن يكون بقدر الحق.

ولنا: أن الراهن منكر للزيادة التى يدعيها المرتهن، والقول قول المنكر، لقول رسول الله ﷺ: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى

على مال أو كانت الجناية موجبة للمال وكان رهنًا بحق واحد فجنايته هدر لأن الحق يتعلق بكل واحد منهما فإذا قتل أحدهما بقى الحق متعلقًا بالآخر، وإن كان كل واحد منهما رهنًا بحق منفرد ففيه أربع مسائل:

إحداها: أن يكون الحقان سواء وقيمتهما سواء فتكون الجناية هدرًا سواء كان الحقان من جنسين مثل أن يكون أحدهما بمائة دينار والآخر بدراهم قيمتها مائة دينار أو من جنس واحد، لأنه لا فائدة فى اعتبار الجناية.

المسألة الثانية: أن يختلف الحقان وتتفق القيمتان مثل أن يكون دين أحدهما مائة ودين الآخر مائتين وقيمة كل واحد منهما مائة فإن كان دين القاتل أكثر لم ينقل إلى دين المقتول لعدم الغرض فيه، وإن كان دين المقتول أكثر نقل إلى القاتل، لأن للمرتهن غرضًا فى ذلك وهل يباع القاتل وتجعل قيمته رهنًا مكان المقتول أو ينقل بحاله؟ على وجهين: **أحدهما**: لا يباع، لأنه لا فائدة فيه، **والثانى**: يباع، لأنه ربما زاد فيه من يبلغه أكثر من ثمنه فإن عرض للبيع فلم يزد فيه لم يبع لعدم ذلك.

المسألة الثالثة: أن يتفق الدينان وتختلف القيمتان بأن يكون دين كلا واحد منهما مائة وقيمة أحدهما مائة والآخر مائتين فإن كانت قيمة المقتول أكثر فلا غرض فى النقل فيبقى

عليه»(٢٤) رواه مسلم، ولأن الأصل براءة الذمة من هذه الألف، فالقول قول من ينفيها كما لو اختلفا فى أصل الدين، وما ذكره من الظاهر غير مسلم، فإن العادة رهن الشىء بأقل من قيمته، إذا ثبت هذا: فالقول قول الراهن فى قدر ما رهنه به، سواء اتفقا على أنه رهنه بجميع الدين أو اختلفا، فلو اتفقا على أن الدين ألفان، وقال الراهن: إنما رهنتك بأحد الألفين، وقال المرتهن: بل رهنته بهما، فالقول قول الراهن مع يمينه، لأنه ينكر تعلق حق المرتهن فى أحد الألفين بعبده والقول قول المنكر، وإن اتفقا على أنه رهن بأحد الألفين، وقال الراهن: هو رهن بالمؤجل، وقال المرتهن: بل بالحال فالقول قول الراهن مع يمينه، لأنه منكر، ولأن القول قوله فى أصل الرهن، فكذلك فى صفته، وهذا إذا لم يكن بينة، فإن كان لأحدهما بينة حكم بها بغير خلاف فى جميع هذا المسائل.

فصل: وإن اختلفا فى قدر الرهن، فقال: رهنتك هذا العبد، فقال: بل هو والعبد الآخر، فالقول قول الراهن، لأنه منكر، ولا نعلم فى هذا خلافًا، وإن قال: رهنتك هذا العبد، قال: بل هذه الجارية، خرج العبد من الرهن لاعتراف المرتهن بأنه لم يرهنه، وحلف الراهن على أنه ما رهنه الجارية، وخرجت من الرهن أيضًا، وإن اختلفا فى رد الرهن إلى الراهن فالقول قوله أيضًا، لأنه منكر واوصل معه، وكذلك الحكم فى المستأجر، إذا ادعى رد العين المستأجرة، وقال أبو الخطاب: يتخرج فيهما وجه آخر أن القول قول المرتهن، والمستأجر فى الرد بناء على المضارب والوكيل بجعل إذا ادعيا الرد، فإن فيهما وجهين، والفرق بينهما وبين

بحاله وإن كانت قيمة الجانى أكثر بيع منه بقدر جنايته تكون رهنًا بدين المجنى عليه والباقى رهن بدينه وإن اتفقا على تبقيته ونقل الدين إليه صار مرهونًا بهما فإن حل أحد الدينين بيع بكل حال، لأنه إن كان دينه المعجل بيع ليستوفى من ثمنه وما بقى منه رهن بالدين الآخر، وإن كان المعجل الآخر بيع ليستوفى منه بقدره والباقى رهن بدينه.

المسألة الرابعة: أن يختلف الدينان والقيمتان مثل أن يكون أحد الدينين خمسين والآخر ثمانين وقيمة أحدهما مائة والآخر مائتين فإن كان دين المقتول أكثر نقل إليه وإلا فلا.

فصل: فإن كان المجنى عليه رهنًا عند غير مرتهن القاتل فللسيد القصاص، لأنه مقدم على حق المرتهن بدليل أن الجناية الموجبة للمال مقدمة عليه فالقصاص أولى فإن اقتص بطل الرهن فى المجنى عليه، لأن الجناية عليه لم توجب ما لا يجعل رهنًا مكانه وعليه قيمة المقتص منه يكون رهنًا، لأنه أبطل حق الوثيقة فيه باختياره، ويحتمل أن لا تجب لما ذكرنا وللسيد العفو على مال فتصير كالجناية الموجبة للمال فيثبت المال فى رقبة العبد لأن السيد لو جنى على العبد لوجب أرش جنايته لحق المرتهن فبأن يثبت على عبده أولى، فإن كان الأرش لا يستغرق قيمته بعنا منه بقدر أرش الجناية يكون رهنًا عند مرتهن المجنى عليه وباقيه رهن

---

(٢٤) تقدم تخريجه فى (٤) مغنى، ١١ شرح.

المرتهن، أن المرتهن قبض العين لينتفع بها، وكذلك المستأجر والوكيل، قبض العين لينتفع بالجعل لا بالعين، والمضارب قبضها لينفع بربحها لا بها، وإن اختلفا فى تلف العين فالقول قول المرتهن مع يمينه لأن يده يد أمانة، ويتعذر عليه إقامة البينة على التلف، فقبل قوله فيه كالمودع.

فصل: فإن قال: بعتك هذا الثوب على أن ترهننى بثمنه عبديك هذين قال: بل على أن أرهنك هذا وحده، ففيها روايتان حكاهما القاضى: **إحداهما:** يتحالفان لأنه اختلاف فى البيع، فهو كالاختلاف فى الثمن، **والثانية:** القول قول الراهن، لأنه منكر لشرط رهن العبد الذى اختلفا فيه والقول قول المنكر وهذا أصح.

فصل: وإن قال: أرسلت وكيلك فرهننى عبدك على عشرين قبضها، قال: ما أمرته برهنه إلا بعشرة، ولا قبضت إلا عشرة، سئل الرسول: فإن صدق الراهن فعليه اليمين أنه ما رهنه إلا بعشرة، ولا قبض إلا عشرة، ولا يمين على الراهن، لأن الدعوى على غيره، فإذا حلف الوكيل برئا جميعًا، وإن نكل فعليه العشرة المختلف فيها، ولا يرجع بها على أحد، لأنه يصدق للراهن فى أنه ما أخذها ولا أمره بأخذها وإنما المرتهن ظلمه، وإن صدق الوكيل المرتهن وادعى أنه سلم العشرين إلى الراهن، فالقول قول الراهن مع يمينه، فإن نكل قضى عليه بالعشرة يدفع إلى المرتهن، وإن حلف برئ وعلى الرسول غرامة العشرة للمرتهن، لأنه يزعم أنها حق له وإنما الراهن ظلمه، وإن عدم الرسول أو تعذر إحلافه فعلى الراهن اليمين أنه ما أذن فى رهنه إلا بعشرة ولا قبض أكثر منها ويبقى الرهن بالعشرة الأخرى.

عند مرتهنه، وإن لم يمكن بيع بعضه بيع جميعه وقسمة ثمنه بينهما على حسب ذلك يكون رهنًا، وإن كانت الجناية تستغرق قيمته نقل الجانى فجعل رهنًا عند الآخر، ويحتمل أن يباع لاحتمال أن يرغب فى شرائه راغب بأكثر من قيمته فيفضل من قيمته شىء يكون رهنًا عند مرتهنه، وهذا كله قول الشافعى.

فصل: فإن كانت الجناية على موروث سيده فيما دون النفس كأطرافه أو ماله فهى كالجناية على أجنبى وله القصاص إن كانت موجبة له والعفو على مال وغيره، وإن كانت موجبة للمال ابتداء ثبت فإن انتقل ذلك إلى السيد بموت المستحق فله ما لموروثه من القصاص والعفو على مال، لأن الاستدامة أقوى من الابتداء فجاز أن يثبت بها ما لا يثبت فى الابتداء وإن كانت الجناية على نفسه بالقتل ثبت الحكم لسيده وله أن يقتص فيما يوجب القصاص، وإن عفا على مال أو كانت الجناية موجبة للمال ابتداء فهل يثبت للسيد؟ فيه وجهان: **أحدهما:** يثبت وهو قول بعض أصحاب الشافعى، لأن الجناية على غيره فأشبهت الجناية على ما دون النفس، **والثانى:** لا يثبت له مال فى عبده ولا له العفو عليه وهو قول أبى ثور، لأنه حق ثبت للسيد ابتداء فلم يكن له ذلك كما لو كانت الجناية عليه، وأصل الوجهين

فـــصل: إذا كان على رجل ألفان أحـدهما برهن والآخر بغير رهن فقـضى ألفًا وقال: قضيت دين الرهن، وقـال المرتهن، بل قضيت الدين الآخر، فالقـول قول الراهن مع يمينه، سواء اختلفا فـى نية الراهن بذلك أو فى لفظه، لأنه أعلم بنيته وصفـة دفعه، ولأنه يقول: إن الدين الباقى بلا رهن، والقول قوله فى أصل الرهن، فكذلك فى صفته.

وإن أطلق القضاء ولم ينو شيـئًا، فقال أبو بكر: له صرفها إلى أيهمـا شاء كما لو كان له مال حاضر وغـائب، فأدى قدر زكاة أحدهما كان له أن يعـين عن أى المالين شاء، وهذ قول بعض أصحـاب الشافـعى، وقال بعضـهم: يقع الدفع عن الدينين معـًا عن كل واحد منهـما نصفه، لأنهـما تساويا فى القضـاء فتساويا فى وقوعـه عنهما، فأما إن أبـرأه المرتهن من أحد الدينين واختلفا فالقول قول المرتهن على التفصيل الذى ذكرناه فى الراهن، ذكره أبو بكر.

فـــصل: وإذا اتفق المتـراهنان على قبض العدل للرهن لزم الرهـن فى حقهمـا ولم يضر إنكاره، لأن الحق لهـما ، وإن قال أحدهما: قبضه العدل فـأنكر الآخر فالقول قول المنكر كما لو اختلفا فى قبض المرتهن له، ولو شهد العدل بالقبض لم تقبل شهادته الوكيل لموكله.

فـصل: إذا كان فى يد رجل عبد، فقال: رهنتنى عبدك هذا بألف، فقال: بل قد غصبته أو استعرته، فـالقول قول السيد سواء اعتـرف بالدين أو جحده، لأن الأصل عدم الرهن، وإن قال السيد: بعـتك عبدى هذا بألف، قال: بل رهنته عندى بها، فالقول قـول كل واحد منهما فى العقد الذى ينكره، ويأخذ السيد عبـده، وهكذا لو قال: رهنتكه بألف أقرضتنيه، قال: بل بعتنيه بألف قبضته منى ثمنًا فكذلك، ويرد صاحب العبد الألف ويأخذ عبده.

فى وجوب الحق فى ابتدائه هل يثبت للقتـيل ثم ينتقل إلى وارثه أو يثبت للوارث ابتداء؟ على وجهين وكل موضع ثبـت له المال فى رقبة عبده فإنه يقـدم على الرهن، لأنه يثبت للموروث بهذه الصفة فينتقل إلى وارثه كـذلك فإن اقتص فى هذه الصورة لم يلزمه بدل الرهن، لأنه إذا قدم المال على حق المرتهن فالقصاص أولـى، ولأن القصاص ثبت للموروث مقدمًا على حق المرتهن فكذلك فى حق وارثه فـإن كانت الجناية على مكاتب السيد فـهى كالجناية على ولده وتعجيزه كموت ولده فيما ذكرناه.

فصل: فإن جنى العبد المرهون بإذن سيده وكان ممن يعلم تحريم الجناية، وأنه لا يجب عليه قبـول ذلك من سيده فهى كـالجناية بغير إذنه، وإن كان صـبيًا أو أعجمـيًا لا يعلم ذلك فالجانى هو السيد، يتعلق به موجب الجناية، ولا يباع العبد فـيها موسرًا كان أو معسرًا كما لو باشر السيد الجناية، وقال القـاضى: فيه وجه أن العبد يباع مع إعسار السـيد، لأن العبد باشر الجناية والصـحيح الأول، لأن العـبد آلة فلو تعلقت الجناية به بـيع مع اليسار، وحـكم إقرار العبد بالجناية حكم إقرار غير المرهون على ما يأتى بيانه إن شاء الله تعالى.

فــصل: وإذا ادعى على رجلين فقال: رهنتمانى عبدكما بدينى عليكما فأنكراه، فالقول قـولهـما، فإن شهد كل واحد منهما على صاحبه قبلت شهادته إذا كان عدلاً وللمرتهن أن يحلف مع كل واحد منهما ويصير جميعه رهنًا أو يحلف مع أحدهما، ويصير نصيب الآخر رهنًا، وإن أقر أحدهما ثبت فى حقه وحده، وإن شهد المقر على المنكر قُبلت شهادته إن كان عدلاً، لأنه لا يجلب لنفسه نفعًا، ولا يدفع عنها ضررًا، وبهذا قال أصحاب الشافعى، وقال بعضهم: إذا أنكرا جميعًا فى شهادتهما نظر، لأن المشهود له يدعى أن كل واحد منهما ظالم له بجحوده حقه من الرهن فإذا طعن المشهود له فى شهوده لم تقبل شهادتهم له، قلنا: لا يصح هذا، فإن إنكار الدعوى لا يثبت به فسق المدعى عليه، وإن كان الحق عليه لجواز أن ينسى أو تلحقه شبهة فيما يدعيه أو ينكره، وكذلك لو تداعى رجلان شيئًا وتخاصما فيه ثم شهدا عند الحاكم بشىء لم ترد شهادتهما، وإن كان أحدهما كاذبًا فى مخالفته لصاحبه، ولو ثبت الفسق بذلك لم يجز قبول شهادتهما جميعًا مع تحقق الجرح فى أحدهما.

فــصل: وإذا رهن عينًا عند رجلين، فنصفها رهن عند كل واحد منهما بدينه ومتى وفى أحدهما خرجت حصته من الرهن، لأن عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة عقدين، فكأنه رهن كل واحد منهما النصف مفردًا، فإن أراد مقاسمة المرتهن وأخذ نصيب من وَفَّاه وكان الرهن مما لا تنقصه القسمة كالمكيل والموزون لزم ذلك، وإن كان مما تنقصه القسمة لم تجب قسمته، لأن على المرتهن ضررًا فى قسمته ويقر فى يد المرتهن نصفه رهن ونصفه وديعة، وإن رهن

44- مـسألة: (وإن جنى عليه جناية موجبة للقصاص فللسيد القصاص فإن اقتص فعليه قيمة أقلهما قيمة تجعل مكانه).

إذا جنى على الرهن فالخصم فى ذلك السيد، لأنه المالك والأرش الواجب بالجناية ملكه وإنما للمرتهن فيه حق الوثيقة فصار كالعبد المستأجر والمودع وبهذا قال الشافعى وغيره، فإن ترك المطالبة أو أخرّها أو كان غائبًا أو له عذر يمنعه منها فللمرتهن المطالبة بها، لأن حقه متعلق بموجبها فكان له المطالبة به كما لو كان الجانى سيده، ثم إن كانت الجناية موجبة للقصاص فللسيد القصاص، لأنه حق له وإنما يثبت ليستوفى فإن اقتص أخذت منه قيمة أقلهما قيمة فجعلت مكانه رهنًا نص عليه أحمد فى رواية ابن منصور وهو قول إسحاق، ويتخرج أن لا يجب عليه شىء وهو مذهب الشافعى، لأنه لم يجب بالجناية مال ولا استحق بحال وليس على الراهن أن يسعى للمرتهن فى اكتساب مال، ووجه الأول أنه أتلف مالاً استحق بسبب إتلاف الرهن فغرم قيمته كما لو كانت الجناية موجبة للمال، وهكذا الحكم فيما إذا ثبت القصاص للسيد فى عبده المرهون، وإنما أوجبنا أقل القيمتين، لأن حق المرتهن إنما يتعلق بالمالية والواجب من المال هو أقل القيمتين، لأن الرهن إن كان أقل لم يجب أكثر من قيمته، وإن كان الجانى أقل قيمة لم يجب أكثر من قيمته لأنها التى أتلفها بالقصاص وإن عفا على

اثنان عبدهما عند رجل فوفاه أحدهما انفك الرهن فى نصيبه، وقد قال أحمد، فى رواية مهنا فى رجلين رهنا داراً لهما عند رجل على ألف، فقضاه أحدهما ولم يقبض الآخر: فالدار رهن على ما بقى، وقال أبو الخطاب فى رجل رهن عبده عند رجلين فوفى أحدهما: فجميعه رهن عند الآخر حـتى يوفيه، وهذا من كلام أحـمد وأبى الخطاب، محـمول على أنه ليس للراهن مقاسمة المرتهن، لما عليه من الضرر لا بمعنى أن العين كلها تكون رهنًا إذ لا يجوز أن يقال: إنه رهن نصف العبد عند رجل فصار جميعه رهنًا، ولو رهن اثنان عبداً لهما عند اثنين بألف، فهذه أربعة عقود ويصـير كل ربع من العبد رهنًا بمائتين وخمسين، فـمتى قضاها من هى عليه انفك من الرهن ذلك القدر، قاله القاضى وهو الصحيح.

فصل: ولو ادعى رجلان على رجل أنه رهنهما عبده وقال: كل واحد منهما: رهنه عندى دون صاحبى فأنكرهما جميـعًا، فالقول قوله مع يمينه، وإن أنكر أحدهمـا وصدق الآخر سلم إلى من صدقه وحلف الآخـر وإن قال: لا أعلم عين المرتهن منهـما حلف على ذلك والقول قول من هو فى يده منهمـا مع يمينه، وإن كان فى أيديهما حلف كل واحد منهـما على نصفه وصار رهنًا عنده، وإن كان فى يد غيـرهما أقرع بينهما فمن قرع صاحـبه حلف وأخذه كما لو ادعيا ملكـه، ولو قال: رهنته عند أحدهمـا ثم رهنته للآخر ولا أعلم السابق منهـما فكذلك، وإن قال هذا هو السابق بالعقد والقبض سلم إليه وحلف للآخر، وإن نكل والعبد فى يد الأول أو يد غيره فعليه قيمته للثانى كمـا لو قال هذا العبد لزيد وغصبته من عمرو فإنه يسلم إلى زيد ويغرم قيمته لعمرو، وإن نكل والعبـد فى يد الثانى أقر فى يده وغرم قيمته للأول، لأنه أقر له

مال صح عفوه ووجب أقل القيمتين لما ذكرنا، هذا إذا كان القصاص قتلاً، وإن كان جرحًا أو قلع سن أو نحوه فالواجب بالعفو أقل الأمرين من أرش الجرح أو قيمة الجانى لما ذكرنا، وإن عفا مطلقًا انبنى على مـوجب العمد ما هو؟ فإن قلنا موجبه أحد شـيئين ثبت المال، وإن قلنا موجبه القصاص عينًا فكمه كما لو اقتص، أو قلنا ثم تجب القيمة على الراهن وجب هنا وهو اختيـار أبى الخطاب، لأنه فوت بدل الرهن بعفوه أشبـه ما لو اقتص، وإن قلنا لا تجب على الراهن ثم لم تجب هـهنا، وهو قول القـاضى ومذهب الشافعى، لأنه اكتساب مـال فلا يجبر عليه، وكذلك إن عفا على غير مال.

مسألة: (وكذلك إن جنى على سيده فاقتص منه هو أو ورثته وقد ذكرنا ذلك).

مسألة: (وإن عفا السيد على مال أو كانت موجبة للمال فاقتص منه جعل مكانه).

أما إذا كانت الجناية موجبة للمال أو ثبت المال بالعفو عن الجناية الموجبة للقصاص فإنه يتعلق به حق الراهن والمرتهن ويجب من غالب نقـد البلد كقيم المتلفات، فلو أراد الراهن أن يصالح عنها ويأخذ عوضًا عنها لم يجـز إلا بإذن المرتهن، فإن أذن جاز، لأن الحق لهما وما قبض من شىء فهو رهن بدلاً عن الأول وقائمًا مقامه.

بعد ما فعل ما حال بينه وبين من أقر له فلزمته قيمته كما قلنا، وقال القاضى: إذا اعترف به لغير من هو فى يده فهل يرجع صاحب اليد أو المقر له؟ على وجهين، ولو اعترف لأحدهما وهو فى يديهما ثبتت يد المقر له وفى النصف الآخر وجهان.

فصل: إذا أذن المرتهن الراهن فى بيع الرهن بعد حلول الحق جاز وتعلق حقه بثمنه، وإن أذن له قبل حلوله مطلقًا فباعه بطل الرهن ولم يكن عليه عوضه، لأنه أذن له فيما ينافى حقه فأشبه ما لو أذن فى عتقه وللمالك أخذ ثمنه، وبه قال الشافعى، وقال أبو حنيفة ومحمد: يكون الثمن رهنًا لأن الراهن باع الرهن بإذن المرتهن فوجب أن يثبت حقه فيه كما لو حل الدين، قال الطحاوى حق المرتهن متعلق بعين الرهن والثمن بدله فوجب أن يتعلق به كما لو أتلفه متلف.

ولنا: أنه تصرف يبط حق المرتهن من عين الرهن لا يملكه المرتهن، فإذا أذن فيه أسقط حقه كالعتق، ويخالف ما بعد الحلول لأن المرتهن يستحق البيع، ويخالف الإتلاف، لأنه غير مأذون فيه من جهة المرتهن، فإن قال: إنما أردت بإطلاق الإذن أن يكون ثمنه رهنًا لم يلتفت إلى دعواه، لأن إطلاق الإذن يقتضى بيعًا بفسخ الرهن، وبهذا قال الشافعى وإن أذن فيه بشرط أن يجعل ثمنه مكانه رهنًا أو يعجل له دينه من ثمنه جاز ولزم ذلك، وإن اختلفا فى الإذن فالقول قول المرتهن لأنه منكر، وإن أذن فى البيع واختلفا فى شرط جعل ثمنه رهنًا أو تعجيل دينه منه، فالقول قول الراهن لأن الأصل عدم الشرط، ويحتمل أن يكون القول قول المرتهن

مسألة: (وإن عفا السيد عن المال صح فى حقه، ولم يصح فى حق المرتهن، فإذا انفك الرهن رد إلى الجانى، وقال أبو الخطاب: يصح وعليه قيمته).

إذا عفا السيد عن المال فقال القاضى: يسقط حق الراهن دون المرتهن فتؤخذ القيمة من الجانى تكون رهنًا، فإذا زال الرهن رجع الأرش إلى الجانى كما لو أقرَّ أن الرهن مغصوب أو جان فإن استوفى الدين من الأرش احتمل أن يرجع الجانى على العافى، لأن ماله ذهب فى قضاء دينه فلزمته غرامته كما لو استعاره فرهنه، واحتمل أن لا يرجع عليه، لأنه لم يوجد منه فى حق الجانى ما يقتضى وجوب الضمان، وإنما استوفى بسبب منه حال ملكه له فأشبه ما لو جنى إنسان على عبده ثم وهبه لغيره فتلف بالجناية السابقة، وقال أبو الخطاب: يضمن العفو مطلقًا ويؤخذ من الراهن قيمته تكون رهنًا، لأنه أسقط دينه عن غريمه فصح كسائر ديونه، قال: ولا يمكن كونه رهنًا مع تقدم حق الراهن فيه ولزمته القيمة لتقوية حق المرتهن كما لو أتلف بدل الرهن، وقال الشافعى: لا يصح العفو أصلاً، لأن حق المرتهن متعلق به، فلم يصح عفو الراهن عنه كالرهن نفسه، وكما لو وهب الرهن أو غصب فعفا عن غاصبه، قال شيخنا: وهذا أصح فى النظر، فإن قال المرتهن: أسقطت حقى من ذلك سقط، لأنه ينفع الراهن ولا يضره، وإن قال: أسقطت الأرش أو أبرأت منه لم يسقط، لأنه ملك للراهن فلا

لأن الأصل بقاء الوثيقة، وإن أذن الراهن فى البيع ثم رجع قبل البـيع فباعه المرتهن بعد العلم بالرجوع لم يصح بيعه، وإن باعه بعد الرجوع وقبل العلم احتمل وجهين بناء على عزل الوكيل قبل علمه فإن اختلفا فى الرجوع قبل البيع فقال القاضى: القول قول المرتهن أيضًا لأن الأصل عدم الرجـوع وعدم البيع قبل الرجـوع فتعارض الأصـلان وبقيت العين رهنًا على مـا كانت، وبهذا كله قال الشافعى وهذا فـيما لا يحتاج إلى بيعه، فأما ما دعت الحـاجة إلى بيعه كالذى خيف تلفه إذا أذن فى بيعه مطلقًا تعلق الحق بثمنه، لأن بيعـه مستحق فأشبه ما بيع بعد حلول الدين.

فـصل: إذا حل الحق لزم الراهن الإيفاء لأنه دين حال فلزم إيفاؤه كالذى لا رهن به فإن لم يوف وكان قد أذن للمرتهن أو للعدل فى بيع الرهن باعه ووفى الحق من ثمنه وما فضل من ثمنه فلمالكه وإن فضل من الدين شىء فعلى الراهن.

وإن لم يكن أذن لهما فى بيعه أو كان قد أذن لهـما ثم عزلهما طولب بالوفاء وبيع الرهن فإن فعل وإلا فعل الحاكم ما يرى من حبسه وتعزيره ليبـيعه أو يبيعه بنفسه أو أمينه، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة لا يبيـعه الحاكم لأن ولاية الحاكم على من عليه الحق لا على ماله فلم ينفذ بيعه بغير إذنه.

ولنا: إنه حق تعين عليه فإذا امتنع من أدائه قام الحـاكم مقامه فى أدائه كالإيفاء من جنس الدين وإن وفى الدين من غير الرهن انفك الرهن.

يسقط بإسقاط غيره، وهل يسقط حقه؟ فيه وجهان: **أحدهما**: يسقط وهو قول القاضى، لأن ذلك يتضمن إسقاط حقه وإذا لم يسقط حق غيـره سقط حقه كما لو قال: أسقطت حقى وحق الراهن، **والثانى**: لا يسقط، لأن العفو ولا براء منه لا يصح فلم يصح ما يضمنه.

فـــصل: وإن أقر رجل بالجـناية على الرهن فكذباه فلا شىء لهـما، وإن كذبـه المرتهن وصدقه الراهن فله الأرش ولا حق للمرتهن فيه، وإن صدقه المرتهن وحده تعلق حقه بالأرش وله قبضه، فإذا قضى الراهن الحق أو أبرأه المرتهن رجع الأرش إلى الجانى ولا شىء للراهن فـيه، وإن اسـتـوفى حقـه من الأرش لم يملـك الجانى مطالـبة الراهن بشىء، لأنـه مقـر له باستحقاقه.

فـصل: ولو كان الرهن أمة حاملاً، فضرب بطنها أجنبى فألقت جنينًا مـيتًا ففيه عشر قيمة أمـة، وإن ألقته حيّا ثم مات لوقت يعيش مثله، فـفيه قيمته، ولا يجب ضمان نقص الولادة، لأنه لا يتميز نقصـها عما وجب ضمانه من ولدها، ويحتمل أن يضـمن نقصها بالولادة، لأنه حصل بفعله، فلزمه ضمانه كما لو غصبها ثم جنى عليها، ويحتمل أن يجب أكثر الأمرين من نقصهـا أو ضمان جنينها، لأن سبب ضـمانها وجد، فإذا لم يجـتمع ضمانهمـا وجب ضمان أكثرهما، وإن ضرب بطن بهيمة فالقت ولدها ميتًا، ففيه ما نقصتها الجناية لا غير، وما وجب

٧٩٩- **مسألة:** قال: **(والمرتهن أحق بثمن الرهن من جميع الغرماء حتى يستوفى حقه حيّا كان الراهن أو ميتًا)**.

وجملته: أنه إذا ضاق مال الراهن عن ديونه وطالب الغرماء بديونهم أو حجر عليه لفلسه وأريد قسمة ماله بين غرمائه فأول من يقـدم من له أرش جناية يتعلق برقبة بعض عبيد المفلس لما ذكرنا من قبل، ثم من له رهـن فإنه يخص بثمنه عن سائر الغرماء، لأن حقـه متعلق بعين الرهن وذمة الراهن معًا وسائرهم يتعلق حقه بالذمة دون العين فكان حقه أقوى، وهذا من أكثر فوائد الرهن وهو تقـديمه بحقـه عند فرض مزاحمـة الغرماء، ولا نعلم فى هذا خـلافًا، وهو مذهب الشافعى وأصحاب الرأى وغيرهم، فيباع الرهن فإن كان ثمنه وفق حقه أخذه، وإن كان فيـه فضل عن ديـنه رد الباقى على الغـرماء، وإن فـضل من دينه شيء أخذ ثمنه وضـرب مع الغرمـاء ببقيـة دينه، ثم من بعد ذلك من وجد عـين ماله فهـو أحق بها ثم يقـسم الباقى بين الغرمـاء على قدر ديونهم ولـو كان فيـهم من دينه ثابت بجناية المـفلس لم يقدم وكـان أسوة الغرماء، لأن أرش جنايتـه يتعلق بذمته دون ماله فـهو كبقية الديون بخـلاف أرش جناية العبد فإنهـا تتعلق برقـبة العـبد فلذلك كـان أحق به ممن تعلق حـقه بمـجرد الذمـة، ولا فرق فى استحقاق ثمن الرهن والاخـتصاص به بين كون الرهن حيّا أو ميتـًا، لأن تقديم حقه من حيث كان حقه متعلقًا بعين المال وهـذا المعنى لا يختلف بالحياة والموت فكذلك ما ثبت به كأرش الجناية.

من ذلك كله فهو رهن مع الأم، وقـال الشافعى: ما وجب لنقص الأم أو لنقص البهيـمة فهو رهن معها وكذلك ما وجب فى ولدها وما وجب فى جنين الأمة فليس برهن.

ولنا أنه ضمـان وجد بسبب الجناية على الرهن فكان مـن الرهن كالواجب لنقص الولادة وولد البهيمة.

45- **مسألة: (وإن وطئ المرتهن الجارية بـغير إذن الراهن فعليه الحـد والمهر، وولده رقيق)**.

لا يحل للمرتهن وطء الجارية المرهونة إجماعًا، لقول الله تعالى: ﴿**إِلاَّ عَلَىٰ أَزْوَاجِـهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ**﴾ (المؤمنون: ٦) وليست هذه زوجته ولا ملكه، فإن فعل بغير إذن الراهن عالمًا بالتحريم فعليه الحد، لأنه لا شبهة له فيه، فإن الرهن وثيقة بالدين ولا مدخل لذلك فى إباحة الوطء، ولأن وطء المستـأجرة يوجب الحد مع ملكه لنفـعها فالرهن أولى ويجب عليـه المهر سواء أكرهها أو طاوعته، وقال الشـافعى: لا يجب المهر مع المطاوعة، لأن النبى ﷺ نهى عن مهر البغى[15]، ولأن الحد إذا وجب على الموطوءة لم يجب المهر كالحرة.

ولنا أن المهر يجب للسيد، فلا يسقط بمطاوعة الأمة وأذنها كما لو أذنت فى قطع يدها،

---

(15) ذكره ابن المنذر فى الإجماع (ص ١١٠/ ٥٢٢).

فـصـل: ولو باع شيئًا أو باعه وكيله وقبض الثمن أو باع العدل الرهن وقبض الثمن فتلف وتعذر رده وخرجت السلعة مستحقة ساوى المشترى الغرماء، لأن حقه لم يتعلق بعين المال فهو بمنزلـة أرش جناية المفلس، وذكر القاضى احـتمالاً آخر أنه يقدم علـى الغرماء، لأنه لم يرض بمجرد الذمة فكان أولى كالمرتهن ولأنه لو لم يقدم على الغرماء لامتنع الناس عن شراء مال المفلس خوفًا من ضياع أموالهم فتقل الرغبات فيه ويقل ثمنه، فكان تقديم المشترى بذلك على الغرماء أنفع لهم وهذا وجه لأصحاب الشافعي.

ولنا: أن هذا حق لم يتـعلق بعـين المال فلـم يقدم كـالذى جنى عليـه المفلس وفـارق المرتهن، فـإن حقه تعلق بالعين ومـا ذكروه من المعنى الأول منتـقض بأرش جناية المفلس، والثانى مصلحة لا أصل لها فلا يثبت الحكم بها، فأما إن كان الثمن موجودًا يمكن رده وجب رده وينفرد به صاحبه، لأن عين مالـه لم يتعلق به حق أحد من الناس وكذلك صاحب السلعة المسـتحقة يأخـذها، ومتى باع العدل مـال المفلس أو باع الرهن وخرجت السلعـة مستحـقة فالعهدة على المفلس فلا شيء على العدل لأنه أمين.

فـصـل: ومن استأجر داراً أو بعيراً بعينه أو شيئًا غيرهما بعينه ثم أفلس المؤجر فالمستأجر أحق بالعين التـى استأجـرها من الغرماء حـتى يستوفى حـقه، لأن حقـه متـعلق بعين الـمال والمنفعة مملوكة له فى هذه المدة فكان أحق بها كما لو اشـترى منه شيئًا، فإن هلك البعير أو انهدمت الدار قبل انقضاء المدة انفسخت الإجارة ويضرب مع الغرماء ببقية الأجرة وإن استأجر

ولأنه استوفى هذه المنفعة المملوكة للسيد بغير إذنه فكان عليه عوضها كما لو أكرهها وكأرش بكارتها لو كـانت بكرًا، والحديث مخـصوص بالمكرهة على البغـاء، فإن الله تعالى سـماها بذلك مع كونهـا مكرهة فقال: ﴿وَلَا تُكْرِهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا﴾ (النـور: ٣٣) وقولهم: لا يجب الحد والمـهر، قلنا: لا يجب المهر لها، وفى مسـألتنا: لا يجب لها وإنما يجب لسيـدها، ويفارق الحرة فإن المـهر لو وجب لوجب لها، وقـد أسقطت حقهـا بإذنها، وهـهنا المستـحق لم يأذن، ولأن الوجوب فى حق الحرة تعلق بإكراهها، وسقـوطه بمطاوعتها فكذلك السيد هـهنا لما تتـعلق السقوط بإذنه ينبغى أن يثبت عند عدمه، وسواء وطئـها معتقدًا للحل أو غير مـعتقد له، أو ادعى بشبـهة، أو لم يدعها لا يسقط الـمهر بشىء من ذلك، لأنه حق آدمى فلا يسـقط بالشبهـات وولده رقيق للراهن، لأنه من زنا، ولأن لا ملك له فيـها ولا شبهة ملك فأشبه الأجنبى.

46- مـسـألة: (وإن وطئها بإذن الراهن وادعى الـجهالة، وكان مثله يجـهل ذلك فلا حد عليه ولا مهر وولده حر لا تلزمه قيمته).

وجملة ذلكأن المرتهن إذا وطئها بإذن الراهن وادعى الجهالة بالتحريم فإن احتمل صدقه لكونه ممن نشأ ببـادية أو حديث عهد بالإسلام فلا حـد عليه وولده حر، لأنه وطئها مـعتقدًا

جملاً فى الذمة أو غيره ثم أفلس المؤجر فالمستأجر أسوة الغرماء، لأن حقه لم يتعلق بالعين، وهذا مذهب الشافـعى، ولا نعلم فيه خلافـًا، فإن آجر دارًا ثم أفلس فاتفق الغـرماء والمفلس على البيع قبل انقضاء مـدة الإجارة فلهم ذلك ويبيعونها مستأجـرة، وإن اختلفوا قدم قول من طلب البيع فى الحـال، لأنه أحوط من التأخيـر فإذا استوفى المـستأجر يسلم المـشترى، وإن اتفقوا على تأخير البيع حتى تنقضى مدة الإجارة فلهم ذلك، لأن الحق لهم لا يخرج عنهم.

فـصل: ولو باع سلعة ثم أفلس قبل تقبيضها فـالمشترى أحق بها من الغرماء سواء كانت من المكيل والموزون أو غيرهما، لأن المشترى قد ملكها وثبت ملكه فيها فكان أحق بها كما لو قبضها ولا فرق بين ما قبل قبض الثـمن وما بعده، وإن كان عليه سلـم فوجد المسلم الثمن قائمًا فـهو أحق به، لأنه وجد عين ماله وإن لم يجـده فله أسوة الغرماء، لأنه لم يتـعلق حقه بعين مال ولا ثبت ملكه فيه ويضرب مع الغرماء بالمسلم فيه الذى يستحقه دون الثمن فيعزل له قدر حقه، فـإن كان فى المال جنس حقه أخـذ منه بقدر ما يستحقـه، وإن لم يكن فيه جنس حقه عزل له بقـدر حقه فيشترى به المـسلم فيه فيأخذه وليس له أن يأخذ المـعزول بعينه لئلا يكون بدلاً عما فى الذمة من المسلم فيه، ولا يجوز أخذ البدل عن المسلم فيه، وإن أمكن أن يشترى بالمـعزول أكثر ممـا قدر له لرخص المسلم فيـه اشترى له بقدر حـقه ورد الباقى على الغرماء.

إباحة وطئهـا فهو كما لو وطئـها يظنها أمته، وإن لم يحـتمل صدقه كالناشئ ببـلاد المسلمين مخـتلطًا بهم من أهل العلم لم تقبل دعواه، لأنه لا يـخلو ممن يسمع منه مـا يعلم به تحريم ذلك فيكون كـمن لم يدع الجهل فيكون ولده رقـيقًا للراهن، لأنه من زنا، ومـتى كان الوطء بإذن الراهن لم يجب عليـه قيمـة الولد، وهذا قول بعض أصـحاب الشـافعى، لأن الإذن فى الوطء إذن فيمـا يحدث منه بدليل، أنه لو أذن المرتهن للراهن فى الوطء فحملت سـقط حقه من الرهن، وكمـا لو أذن فى قطع أصبع لم يضمنهـا وكالحرة إذا أذنت فى وطئهـا سقط عنه الضـمان، وفـيـه قول: أن قـيـمـة الولد تجب؟ وإن أذن الراهن فى الوطء، وهو منصـوص الشافعى، لأن وجـوب الضمان يمنع اتخاذ الولد رقيـقًا ويشبه اعتقـاد الحل، وما حصل ذلك بإذنه بخلاف وطء الراهن فإن خروجها من الرهن بالحـمل الذى سببه الوطء المأذون فيه، ولا يجب المهر إذا كان الوطء بإذن الراهن، وقال أبو حنيفة: يجب، وعن الشافعية كالمذهبين.

ولنا أنه إذن فى سببـه، وهو حقه فلم يجب كما لو أذن فى قـتلها، ولأن المالك أذن فى استيـفاء المنفعة فلم يجب عـوضها كالحرة المطاوعـة، وولده حر للشبهـة، وقد ذكرناه، ولا تصيـر هذه الأمة أم ولد بحال سواء ملكهـا المرتهن بعد الوضع أو قـبله، وسواء حكمنا برق الولد أو حريتـه، وفيه وجه آخـر: أنه إذا ملكها حامـلاً أنها تصيـر أم ولد، وسنذكر ذلك فى أمهات الأولاد.

مثاله: رجل أفلس وله دينار وعليه لرجل دينار ولآخر قفيز حنطة من سلم قيمته دينار فإنه يقسم دينار المفلس نصفين لصاحب الدينار نصفه ويعزل نصفه للمسلم، فإن رخصت الحنطة فصار قيمة القفيز نصف دينار تبينا أن حقه مثل نصف حق صاحب الدينار فلا يستحق من دينار المفلس إلا ثلثه يشترى له به ثلثا قفيز فيدفع إليه ويرد سدس الدينار على الغريم الآخر، فإن غلا المسلم فيه فصار قيمة القفيز دينارين تبينا أنه يستحق مثلى ما يستحق صاحب الدينار فيكون له من دينار المفلس ثلثاه فيشترى له بالنصف المعزول ويرجع على الغريم بسدس دينار يشترى له به أيضًا، لأن المعزول ملك المفلس وإنما للمسلم قدر حقه، فإن زاد فللمفلس وإن نقص فعليه.

فصل: قال عبد الله بن أحمد: سألت أبى عن رجل عنده رهون كثيرة لا يعرف أصحابها ولا من رهن عنده، قال: إذا أيست من معرفتهم ومعرفة ورثتهم فأرى أن تباع ويتصدق بثمنها، فإن عرف بعد أربابها خيرهم بين الأجر أو يغرم لهم، هذا الذى أذهب إليه، وقال أبو الحارث عن أحمد فى الرهن يكون عنده السنين الكثيرة يأيس من صاحبه: يبيعه ويتصدق بالفضل، فظاهر هذا أنه يستوفى حقه، ونقل أبو طالب: لا يستوفى حقه من ثمنه، ولكن إن جاء صاحبها(*) فطلبه أعطاه إياه وطلب منه حقه، وأما إن رفع أمره إلى الحاكم فباعه ووفاه منه حقه جاز ذلك.

فصل: قال عبد الله بن أحمد: سألت أبى عن رجل عنده رهون كثيرة لا يعرف أصحابها، ولا من رهن عنده قال: إذا أيست من معرفتهم ومعرفة ورثتهم فأرى أن تباع ويتصدق بثمنها، فإن عرف بعد أربابها خيرهم بين الأجر أو يغرم لهم، هذا الذى أذهب إليه، وقال أبو الحارث عن أحمد فى الرهن: يكون عنده السنين الكثيرة يأيس من صاحبه يبيعه ويتصدق بالفضل، فظاهر هذا أنه يستوفى حقه، ونقل أبو طالب: لا يستوفى حقه من ثمنه ولكن إن جاء صاحبه بعد فطلبه أعطاه إياه وطلب منه حقه، وأما إن رفع أمره إلى الحاكم فباعه ووفاه حقه منه جاز ذلك.

(*) فى هـ «صاحبه».

كتاب المفلس

المفلس: هو الذى لا مال له ولا ما يدفع به حاجته ولهذا لما قال النبى ﷺ لأصحابه: «أتدرون من المفلس؟» قالوا يا رسول الله المفلس فينا من لا درهم له ولا متاع قال: ليس ذلك المفلس، ولكن المفلس من يأتى يوم القيامة بحسنات أمثال الجبال ويأتى وقد ظلم هذا ولطم هذا وأخذ من عرض هذا، فيأخذ هذا من حسناته وهذا من حسناته فإن بقى عليه شىء أُخذ من سيئاتهم فرُد عليه ثم صُكَّ له صَكٌّ إلى النار» أخرجه مسلم بمعناه[1]، فقولهم ذلك إخبار عن حقيقة المفلس، وقول النبى ﷺ: «ليس ذلك المفلس» تَجَوُّزٌ لم يرد به نفى الحقيقة بل أراد أن فلس الآخرة أشد وأعظم بحيث يصير مفلس الدنيا بالنسبة إليه كالغنى ونحو هذا قوله ﷺ: «ليس الشديد بالصرعة ولكن الشديد الذى يغلب نفسه عند الغضب»[2]

بـــــاب الحجــــر

الحجر فى اللغة: المنع والتضييق ومنه سمى الحرام حجرًا، قال الله تعالى: ﴿يَقُولُونَ حِجْرًا مَّحْجُورًا﴾ (الفرقان: ٢٢) أى حرامًا محرمًا، ويسمى العقل حجرًا قال الله تعالى: ﴿هَلْ فِي ذَٰلِكَ قَسَمٌ لِّذِي حِجْرٍ﴾ (الفجر: ٥) أى عقل سمى حجرًا، لأنه يمنع صاحبه من ارتكاب ما يقبح، وهو فى الشرع منع الإنسان من التصرف فى ماله.

أ- مسألة: (وهو على ضربين: حجر على الإنسان لحظ نفسه وحجر لحق غيره).

فالحجر عليه لحق غيره كالحجر على المريض فى التبرع بما زاد على الثلث، لحق الورثة، وعلى العبد والمكاتب لحق السيد، والراهن يحجر عليه فى الرهن لحق المرتهن.

ولهؤلاء أبواب يذكرون فيها، ومن ذلك الحجر على المفلس لحق الغرماء، وهو المذكور هــهنا، والمفلس هو الذى لا مال له ولا ما يدفع به حاجته، ولهذا لما قال النبى ﷺ لأصحابه: «أتدرون من المفلس؟» قالوا: يا رسول الله المفلس فينا من لا درهم له ولا متاع، قال: «ليس ذلك المفلس، ولكن المفلس من يأتى يوم القيامة بحسنات أمثال الجبال، ويأتى وقد ضرب هذا ولطم هذا وأكل مال هذا وأخذ من عرض هذا فيأخذ هذا من حسناته وهذا من حسناته، فإن بقى عليه شىء أخذ من سيئاتهم فرد عليه ثم صك له صك إلى النار» أخرجه

---

(١) أخرجه مسلم (٤/ بر/ ١٩٩٧/ ح ٥٩) وأحمد فى مسنده (٢/ ٣٠٣، ٣٣٤، ٣٧٢) والبيهقى فى السنن (٦/ ٩٣) من حديث أبى هريرة.

(٢) أخرجه البخارى (١٠/ ح ٦١١٤/ فتح) ومسلم (٤/ بر/ ٢٠١٤/ ح ١٠٧) وأحمد فى مسنده (٢/ ٢٣٦، ٢٦٨) والإمام مالك فى الموطأ (٢/ ٩٠٦/ ح ١٢) عن أبى هريرة.

وقوله: «ليس السابق من سبق بعيره وإنما السابق ومن غفر له»(٣) وقوله: «ليس الغنى عن كثرة الغرض إنما الغنى غنى النفس»(٤) ومنه قول الشاعر(٥):

لَيْسَ مَنْ مَاتَ فَاسْتَرَاحَ بِمَيْتٍ ... إِنَّمَا المَيتُ مَيتُ الأحياءِ

وإنما سمى هذا مفلسًا، لأنه لا مال له إلا الفلوس وهى أدنى أنواع المال، والمفلس فى عرف الفقهاء من دَيْنُه أكثر من ماله وخرجه أكثر من دخله، وسموه مفلسًا، وإن كان ذا مال لأن ماله مستحق الصرف فى جهة دينه فكأنه معدوم، وقد دل عليه تفسير النبى ﷺ مفلس الآخرة فإنه أخبر أن له حسنات أمثال الجبال لكنها كانت دون ما عليه فقسمت بين الغرماء وبقى لا شىء له، ويجوز أن يكون سمى بذلك لما يئول إليه من عدم ماله بعد وفاء دينه، ويجوز أن يكون سمى بذلك لأنه يمنع من التصرف فى ماله إلا الشىء التافه الذى لا يعيش إلا به كالفلوس ونحوها.

فصل: ومتى لزم الإنسان ديون حالة لا يفى ماله بها فسأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه لزمته إجابتهم، ويستحب أن يظهر الحجر عليه لتجتنب معاملته فإذا حجر عليه ثبت بذلك

مسلم بمعناه، فقولهم ذلك إخبار عن حقيقة المفلس، وقول النبى ﷺ: «ليس ذلك المفلس» تجوز لم يرد به نفى الحقيقة بل أراد أن فلس الآخرة أشد وأعظم بحيث يصير مفلس الدنيا بالنسبة إليه كالغنى، ونحو هذا قوله ﷺ: «ليس الشديد بالصرعة إنما الشديد الذى يغلب نفسه عند الغضب» وقوله: «ليس الغنى عن كثرة العرض إنما الغنى غنى النفس» ومنه قول الشاعر:

لَيْسَ مَنْ مَاتَ فَاسْتَرَاحَ بِمَيْتٍ ... إِنَّمَا المَيتُ مَيَتُ الأحياءِ

قيل: إنما سمى هذا مفلسًا، لأنه لا مال له إلا الفلوس وهى أدنى أنواع المال، والمفلس فى عرف الفقهاء من دينه أكثر من ماله، وسموه مفلسًا، وإن كان ذا مال، لأن ماله مستحق الصرف فى جهة دينه فكأنه معدوم، وقد دل عليه تفسير النبى ﷺ، مفلس الآخرة فإنه أخبر أن له حسنات أمثال الجبال لكنها لا تفى بما عليه، فقسمت بين الغرماء وبقى لا شىء له، ويجوز أن يكون سمى بذلك لما يئول إليه من عدم ماله بعد وفاء دينه، ويجوز أن يكون سمى بذلك، لأنه يمنع من التصرف فى ماله إلا الشىء التافه الذى لا يعيش إلا به كالفلوس.

2- مسألة ومن لزمه دين مؤجل لم يطالب به قبل أجله، لأنه لا يلزمه أداؤه، ولم يحجر

---

(٣) لم نجده.

(٤) أخرجه البخارى (١١/ ح ٦٤٤٦/ فتح) ومسلم (٢/ زكاة/ ٧٢٦/ ح ١٢٠) والترمذى (٤/ ح ٢٣٧٣) وابن ماجه (٢/ ح ٤١٣٧) وأحمد فى مسنده (٢/ ٢٤٣، ٢٦١، ٣١٥، ٣٩٠، ٤٣٨، ٤٤٣، ٥٣٩، ٥٤٠) من حديث أبى هريرة.

(٥) نسب ابن منظور البيت إلى عدى بن العلاء.

أربعة أحكام: أحدها: تعلق حقوق الغرماء بعين ماله، والثاني: منع تصرفه فى عين ماله، والثـالث: أن من وجد عين مـاله عنده فهو أحق بها من سائر الغرمـاء إذا وجدت الشروط، الرابع: أن للحاكم بيع ماله وإيفاء الغرماء، والأصل فى هذا ما روى كعب بن مالك «أن رسول الله ﷺ حجر على معاذ بن جبل وباع ماله» رواه الخلال بإسناده(٦)، وعن عبد الرحمن بن كعب قال كان معـاذ بن جبل من أفضل شباب قومه ولم يكن يمسك شـيئًا فلم يزل يدان حتى أغرق ماله فى الدين فكلم النبى ﷺ غرماؤه، فلو ترك أحـد من أجل أحد لتركوا معاذًا من أجل رسول الله ﷺ، فباع لهم رسول الله ﷺ ماله حـتى قام معاذ بغير شيء(٧)، قـال بعض أهل العلم إنما لم يترك الغرماء لمعاذ حين كلمهم رسول الله ﷺ لأنهم كانوا يهودًا.

٨٠٠- **مسألة:** قال: (**وإذا فلَّس الحاكم رجلاً فأصاب أحد الغرماء عين ماله فهو أحق به إلا أن يشاء تركه ويكون أسوة الغرماء**).

وجـملتـه: أن المفلس متى حجر عليه فوجد بعض غـرمائه سلعته التى باعه إياها بعينها بالشروط التى يذكرها ملك فسخ البيع وأخذ سلعته، وروى ذلك عن عثمان وعلى وأبى هريرة وبه قال عـروة ومالك والأوزاعى والشـافعى والعنبـرى وإسحاق وأبو ثور وابن الـمنذر، وقال الحسن والنخعى وابن شُبْـرُمَةَ وأبو حنيفة: هو أسوة الغرماء، لأن البـائع كان له حق الإمساك لقبض الثـمن فلما سلمه أسقط حـقه من الإمساك، فـلم يكن له أن يرجع فى ذلك بالإفلاس كالمرتهن إذا سلم الرهن إلى الراهن، ولأنه ساوى الغرماء فى سبـب الاستحقاق فيساويهم فى الاستحقاق كسائرهم.

عليـه من أجله، لأنه لا يستحق المطالبة به فلم يجز منعه من التصرف فى ماله بسببه فإن كان بعض دينه مؤجلاً وبـعضه حالاً، وكان مـاله يفى بالحال، لم يحجر عليـه أيضًا، وقال بعض أصحـاب الشافعى: إن ظهرت أمـارات الفلس، لكون ماله بإزاء دينه ولا نفقـة له إلا من ماله حجـر عليه فى أحد الوجـهين، لأن الظاهر أن ماله يعـجز عن ديونه، فهـو كما لو كـان ماله ناقصًا.

ولنا أن ماله واف بما يلزمه أداؤه، فلم يحجر عليه كما لو لم تظهر أمارات الفلس، ولأن الغرماء لا يمكنهم طلب حقوقهم فى الحال، فلا حاجة إلى الحجر.

3- **مـسـألة:** (**فإن أراد سـفرًا يحل الدين قبل مـدته فلغريمه منعـه إلا أن يوثقه برهن أو كفيل**).

وجملة ذلك أن المدين إذا أراد السفر، وأراد غريمه منعه نظرنا، فإن كان محل الدين قبل

(٦) أخرجـه البيـهقى فـى السنن (٦/ ٤٨) والحاكم (٤/ ١١٠) وسكت عليـه، وقال الحـاكم: صحـيح، والدارقطنى (٤/ ٢٣١).

(٧) أخرجه البيهقى فى السنن (٦/ ٤٨) والحاكم (٣/ ٢٧٣) وعبد الرزاق فى المصنف (٨/ ح ٧٧/ ١٥).

ولنا: ما روى أبو هريرة أن النبى ﷺ قال: «من أدرك متـاعه بعينه عند إنسان قد أفلس فهو أحق به» متفق عليه(٨)، قال أحمد: لو أن حاكمًا حكم أنه أسوة الغرماء ثم رفع إلى رجل يرى العمل بالحديث، جاز له نقض حـكمه، ولأن هذا العقد يلحقه الفسخ بالإقالة فـجاز فيه الفسخ لتعذر العوض كالمسلم فيه إذا تعـذر، ولأنه إذا شرط فى البيع رهنًا فعجز عن تسليمه، استحق الفسخ، وهو وثيقة بالثمن فالعـجز عن تسليم الثمن بنفسه أولى، ويفارق المبيع الرهن فإن إمساك الرهن إمـساك مجرد على سبيل الوثيقة وليس بـبدل، والثمن ههنا بدل عن العين، فإذا تعذر استيفاؤه رجع إلى البدل، وقولهم: تسـاووا فى سبب الاستحقاق قلنا: لكن اختلفوا فى الشرط، فإن بقاء العين شرط لملك الفسخ، وهى موجودة فى حق من وجد متاعه دون من لم يجده، إذا ثبت هذا: فإن البائع بالخيار، إن شاء رجع فى السلعة وإن شاء لم يرجع، وكان أسوة الغرمـاء، وسواء كانت السلعة مساويـة لثمنها أو أقل أو أكثر، لأن الإعسـار سبب جواز الفسخ فلا يوجبه كالعيب والخيـار، ولا يفتقر الفسخ إلى حكم حاكم، لأنه فسخ ثبت بالنص فلم يفتقر إلى حكم حاكم كفسخ النكاح لعتق الأمة.

فـصل: وهل خيار الرجوع على الفور أو على التراخي؟ على وجهين بناء على خيار الرد بالعيب وفى ذلك روايتان: **إحداهـما:** هو على التراخى، لأنه حق رجوع يسقط إلى عوض، فكان على التراخى كالرجـوع فى الهبة، **والثـاني:** ظهو على الفور، لأنه خيار يثبت فى البيع

محل قدومه من السفر كمن يسافر إلى الحج لا يقدم إلا فى صفر ودينه يحل فى المحرم، فله منعه من السفر، لأن عليـه ضررًا فى تأخير حقه عن محله، فإن أقام ضـمينًا مليئًا أو دفع رهنًا يفى بالدين عند المحل، فله السفر لزوال الضرر بذلك.

4- مـسألة: (فإن كان لا يحل الدين قبله، ففى منعه روايتان).

إما إذا كـان الدين لا يحل إلا بعد محل السفـر مثل أن يكون محله فى ربيع وقـدومه فى صفـر فإن كان سفـره إلى الجهاد، فلغريمـه منه إلا بضمين أو رهن، لأنه سـفر يتعرض فـيه لذهاب النفس، فـلا يأمن فـوات الحق، وإن كـان لغير الـجهـاد فليس له منعـه فى إحـدى الروايتين، وهو ظاهر كلام الخرقى، لأن هذا السفر ليس بأمارة على منع الحق فى محله، فلم يملك منعه منه كالسفر القصـير، وكالسعى إلى الجمعة، **والثانـية:** له منعه، لأن قـدومه عند المحل غير متـيقن ولا ظاهر فملك منعه منه كالأول، وقال الشافـعى: ليس له منعه من السفر ولا المطالبة بكفـيل إذا كان الدين مؤجلاً بحـال، سواء كان الدين يحل قبل سـفره أو لا إلى الجهـاد أو إلى غيره، لأنه لا يملك المطالبـة بالدين، فلم يملك منعه من السفـر ولا المطالبة بكفيل كالسفر الآمن القصير.

---

(٨) أخرجه البـخارى (٥/ ح ٢٤٠٢) من حديث أبى هريرة، ومسلم (٣/ مـساقاة/ ١١٩٣) وأبو داود (٣/ ح ٣٥١٩) وابن ماجه (٢/ ح ٢٣٥٨) ومالك فى الموطأ (٢/ ٦٧٨/ ح ٨٨).

لنقص فى العـوض، فكان على الفور كالـرد بالعيب، ولأن جواز تأخـيره يفـضى إلى الضرر بالغرماء، لإفضائه إلى تأخير حقوقهم، فأشـبه خيار الأخذ بالشفعة، ونص القاضى هذا الوجه ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين.

فصل: **فإن بذل الغرماء الثمن لصاحب السلعة ليتركها لم يلزمه قبوله،** نص عليه أحمد، وبه قال الشافعى، وقـال مالك: ليس له الرجوع، لأن الرجوع إنما يجوز لدفـع ما يلحقه من النقص فى الثمن فإذا بذل له بـكماله لم يكن له الرجوع كما لو زال العـيب من المعيب، ولنا الخبر الذى رويناه، ولأنه تبرع بدفع الحق من غيـر من هو عليه فلم يجبر صاحب الحق على قبضه كـما لو أعسر الزوج بالنفقـة فبذلها غيره أو عجـز المكاتب فبذل غيره ما علـيه لسيده، وبهذا ينتقض ما ذكـروه وسواء بذلوه من أموالهم أو خصوه بمثنه من الـتركة، وفى هذا القسم ضرر آخـر، لأنه لا يأمن تجدد ثبوت دين آخـر فيرجع عليـه، وإن دفعوا إلى المـفلس الثمن فبذله للبائع لم يكن له الفسخ لأنه زال العجز عن تسليم الثمن فزال ملك الفسخ كما لو أسقط سائر الغرماء حقوقهم عنه فملك أداء الثمن، ولو أسقط الغرماء حقوقهم عنه فتمكن من الأداء أو وهب له مال فأمكنـه الأداء منه أو غلت أعيان ماله فصـارت قيمتهـا وافية بحقـوق الغرماء بحيث يمكنه أداء الثمن كله لم يكن للبائع الفـسخ لزوال سببه، ولأنه أمكنه الوصول إلى ثمن سلعته من المشترى فلم يكن له الفسخ كما لو لم يفلس.

ولنا أنه سفر يـمنع استيفاء الدين فى مـحله، فملك منعه منه إذا لم يوثقـه برهن أو كفيل كالسفـر بعد حلول الحق، ولأنه لا يملك تأخير الدين عن مـحله، وفى السفر المخـتلف فيه تأخيره عن محله فلم يملك كحجره.

5- مسألة: **(وإذا كان حالاً وله ما بقى به لم يحجر عليه).**

لعدم الحـاجة إلى ذلك ويأمـره بوفائه، فـإن أبى حبـسه، لقـول رسول الله ﷺ: «لى الواجد يحـل عرضه وعقوبته»[1] رواه أحمد، فعقوبته حبسه، وعرضه أن يغلظ له، فيقال له: يا ظالم يا متعدى ونحو ذلك.

6- مسألة: **(فإن أصر باعه الحاكم وقضى دينه).**

وجملته أن الغريم إذا حبس فصبر على الحبس، ولم يقض الدين، قضى الحاكم دينه من ماله، وإن احتـاج إلى بيع ماله فى قضـاء دينه باعه وقضى دينه، وهذا مذهب الشـافعي وأبى يوسف ومحمـد، وقال أبو حنيفة: ليس لـلحاكم بيع ماله لكنه يجبـره على البيع إذا لم يمكن الإيفاء بدونه، فـإن امتنع لم يبعه الحـاكم، وإنما يحبسه لـيبيع بنفسه إلا أن يكـون عليه أحد النقدين وما له من النقـد الآخر، فيدفع أحد النقدين عن الآخر، لأنـه رشيد، لا ولاية عليه، فلم يجز بيع ماله بغيره إذنه، كالذى لا دين عليه.

---

(1) سيأتى مغنى رقم ٣٦ مسألة ٨٠٧.

فــصـل: فإن اشترى المفلس من إنسان سلعة بعـد ثبوت الحجر عليه فى ذمته لم يكن له الفسخ لتعذر الاستـيفاء سواء علم أو لم يعلم، ولأنه لا يستحق المطالبة بثـمنها، فلا يستحق الفسخ لتعـذره كما لو كان ثمنها مـؤجلاً ولأن العالم بالعيب دخل على بصيـرة بخراب الذمة فأشبه من اشترى معيبًا يعلم عيبه، وفـيه وجه آخر أن له الخيار لعموم الخبر، ولأنه عقد عليه وقت الفسخ فلم يسقط حقه من الفـسخ كما لو تزوجت امرأة فقيرًا معسرًا بنفقـتها، وفيه وجه ثالث إن باعه عالمًـا بفلسه فلا فسخ له، وإن لم يعلم فله الفـسخ كمشترى المـعيب، ويفارق المعسـر بالنفقة لكون النفقـة يتجدد وجوبها كل يوم فـالرضى بالمعسر بهـا رضى بعيب ما لم يجب بخلاف مسألتنا وإنما يشبه هذا إذا تزوجته معسرًا بالصداق وسلمت نفسها إليه ثم أرادت الفسخ.

فــصـل: ومن استأجـر أرضًا ليزرعها فـأفلس قبل مضى شىء من المدة فللمـؤجر فسخ الإجــارة، لأنه وجد عين ماله، وإن كــان بعد انقضاء المدة فهو غـريم بالأجرة وإن كان بعد مضى بعضها لم يملك الفسخ فى قياس قولنا فى المبيع إذا تلف بعضه فإن المدة ههنا كالمبيع ومضى بعضها كتلف بعضه لكن يعتبـر مضى مدة لمثلها أجرة لأنه لا يمكن التحرز عن مضى جزء منهـا بحال، وقـال القاضى فى موضع آخـر من اكتـرى أرضًا فزرعـها ثم أفلس فـفسخ

ولنا أن النبى ﷺ حجر على معاذ وباع ماله فى دينه[2]، رواه الخلال بإسناده، وروى عن عمـر ﷺ أنه خطب الناس فقـال: «ألا إن أسيـفع جهيـنة قد رضى من دينه وأمـانته بأن يقال: سبق الحاج فادان معرضًا، فأصبح وقد رين به، فمن كان له عليه مال فليحضر غدًا فإنا بائعو ماله وقاسموه بين غرمائه» ولأنه محجور عليه محتاج إلى قضاء دينه، فجاز بيع ماله بغير رضاه كالصغير والسفيه، ولأنه نوع مال، فجاز بيعه فى قضاء دينه كالأثمان وقياسهم يبطل ببيع الدراهم بالدنانير

7- مـسـألة: (وإن ادعى الإعسار، وكان دينه عن عوض كالبيع والقرض أو عُرف له مال سابق حبس إلا أن يقيم البينة على نفاد ماله أو إعساره، وهل يحلف معها؟ على وجهين وإن لم يكن كذلك حلف وخلى سبيله).

وجــملة ذلك أن من وجب عليه دين حال، فطولب به فلم يؤده، فـإن كان فى يده مال ظاهر، أمره الحاكم بالقضاء، وإن لم يظهر له مال فادعى الإعـسار، فصدقه غريمه لم يحبس ووجب إنظاره، ولم يجز ملازمـته لقول الله تعالى: ﴿**وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ**﴾ (البـقـرة: ٢٨٠) ولقول النبى ﷺ لغـرماء الذى كثـر دينه: «خذوا مـا وجدتم ليس لكم إلا

---

(2) أخـرجه البـيهـقى فى السنن (٦/ ٤٨) والحـاكم (٤/ ١٠١) وسكت عليـه، وقال الحـاكم: صحيح والدارقطنى (٤/ ٢٣١).

صاحب الأرض فعليه تبقية زرع المفلس إلى حين الحصاد بأجر مثله، لأن المعقود عليه المنفعة فإذا فسخ العقد فسخه فيما ملك عليه بالعقد وقد تعذر ردها عليه فكان عليه عوضها كما لو فسخ البيع بعد أن أتلف المبيع فله قيمته ويضرب بذلك مع الغرماء كذا ههنا ويضرب مع الغرماء بأجر المثل دون المسمى، وهذا مذهب الشافعى، وهذا لا يقتضيه مذهبنا ولا يشهد لصحته الخبر ولا يصح فى النظر، وأما الخبر: فلأن النبى ﷺ إنما قال: «من أدرك متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به»(٩) وهذا ما أدرك متاعه بعينه، ولا هو أحق به الإجماع فإنهم وافقوا على وجوب تبقيتها وعدم الرجوع فى عينها، ولأن معنى قوله: «من أدرك متاعه بعينه» أى على وجه يمكنه أخذه لا يتعلق حقه بعينه، وليس هذا كذلك، وأما النظر فلأن البائع إنما كان أحق بعين ماله لتعلق حقه بالعين وإمكان رد ماله إليه بعينه فيرجع على من تعلق حقه بمجرد الذمة وهذا لم يتعلق حقه بالعين ولا أمكن ردها إليه، وإنما صار فائدة الرجوع الضرب بالقيمة دون المسمى، وليس هذا هو المقتضى فى محل النص ولا هو فى معناه فإثبات الحكم به تحكم بغير دليل، ولو اكترى رجلاً يحمل له متاعًا إلى بلد ثم أفلس المكترى قبل حمل شيء فللمكترى الفسخ، وإن حمل البعض أو بعض المسافة فقياس المذهب ليس له الفسخ وقياس قول القاضى: له ذلك، فإذا فسخ سقط عنه حمل ما بقى وضرب مع الغرماء بسقط ما حمل من الأجر المسمى، وعلى قياس قول القاضى: ينفسخ

ذلك»(3) ولأن الحبس إما أن يكون لإثبات عسرته أو لقضاء دينه، وعسرته ثابتة، والقضاء متعذر، فلا فائدة فى الحبس، فإن كذبه غريمه، فلا يخلو إما أن يكون عرف له مال أو لم يعرف، فإن عرف له مال لكون الدين ثبت عن معاوضة كالقرض والبيع، أو عرف له أصل مال سوى هذا، فالقول قول غريمه مع يمينه، فإذا حلف أنه ذو مال حبس حتى تشهد البينة بإعساره، قال ابن المنذر: أكثر من نحفظ عنه من علماء الأمصار وقضاتهم يرون الحبس فى الدَّيْن منهم مالك والشافعى وأبو عبيد والنعمان وسوار وعبيد الله بن الحسن، وروى عن شريح والشعبى وكان عمر بن عبد العزيز يقول: يقسم ماله بين الغرماء ولا يحبس، وبه قال عبد الله بن أبى جعفر والليث بن سعد.

ولنا: أن الظاهر قول الغريم فكان القول قوله كسائر الدعاوى، فإن شهدت البينة بتلف ماله قبلت شهادتهم، سواء كانت من أهل الخبرة الباطنة أو لم تكن، لأن التلف يطلع عليه أهل الخبرة وغيرهم، وإن طلب الغريم إحلافه على ذلك لم يجب إليه، لأنه تكذيب للبينة،

---

(٩) تقدم برقم (٨).

(3) أخرجه مسلم (٣/ مساقاة/ ١١٩١/ ح ١٨) وأبو داود (٣/ ح ٤٣٦٩) والنسائى (٧/ ح ٤٥٤٣) وابن ماجه (٢/ ح ٢٣٥٦) والترمذى (٣/ ح ٦٥٥) وأحمد فى مسنده (٣/ ٣٦) من حديث أبى سعيد الخدرى.

العقد فى الجميع ويضرب بقسط ما حمل من أجر المثل لما ذكرنا من قوله فى المسألة التى حكينا قوله فيها.

فصل: فإن أقرض رجلاً مالاً ثم أفلس المقترض وعين المال قائم فله الرجوع فيها لقوله ﷺ: «من أدرك متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به» ولأنه غريم وجد عين ماله فكان له أخذها كالبائع، وإن أصدق امرأة له عينًا ثم انفسخ نكاحها بسبب من جهتها يسقط صداقها أو طلقها قبل دخوله بها فاستحق الرجوع فى نصفه وقد أفلس ووجد عين ماله فهو أحق بها لما ذكرنا.

٨٠١- **مسألة:** قال: (**فإن كانت السلعة قد تلف بعضها أو مزيدة بما لا تنفصل زيادتها أو نقد بعض ثمنها كان البائع فيها كأسوة الغرماء**).

وجملة ذلك أن البائع إنما يستحق الرجوع فى السلعة بخمس شرائط: **أحدها:** أن تكون السلعة باقية بعينها لم يتلف بعضها فإن تلف جزء منها كبعض أطراف العبد أو ذهبت عينه، أو تلف بعض الثوب أو انهدم بعض الدار أو اشترى شجرًا مثمرًا لم تظهر ثمرته فتلفت الثمرة أو نحو هذا لم يكن للبائع الرجوع وكان أسوة الغرماء وبهذا قال إسحاق، وقال مالك والأوزاعى والشافعى والعنبرى له الرجوع فى الباقى ويضرب مع الغرماء بحصة التالف، لأنها عين يملك الرجوع في جميعها فملك الرجوع فى بعضها كالذى له الخيار وكالأب فيما وهب لولده.

وإن شهدت مع ذلك بالإعسار اكتفى بشهادتهما وثبتت عسرته، وإن لم تشهد إلا بالتلف وطلب الغريم يمينه على عسرته، وأنه ليس له مال آخر استحلف على ذلك، لأنه غير ما شهدت به البينة وإن لم تشهد بالتلف وإنما شهدت بالإعسار لم تقبل الشهادة إلا من ذى خبرة باطنة، لأن هذا فى الأمور الباطنة لا يطلع عليه فى الغالب إلا أهل الخبرة والمخالطة، وهذا مذهب الشافعى، وحكى عن مالك أنه قال: لا تسمع البينة على الإعسار، لأنها شهادة على النفى فلم تسمع كما لو شهدت أنه لا دين عليه.

ولنا: ما روى قبيصة بن المخارق أن النبى ﷺ قال: «يا قبيصة إن المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاثة: رجل تحمل حمالة فحلت له المسألة حتى يصيبها ثم يمسك، ورجل أصابته جائحة فاجتاحت ماله فحلت له المسألة حتى يصيب قوامًا من عيش ـ أو قال: سدادًا من عيش ـ ورجل أصابته فاقه حتى يقول ثلاثة: من أهل الحجى من قومه لقد أصابت فلانًا فاقة فحلت له المسألة حتى يصيب قوامًا من عيش ـ أو قال: سدادًا من عيش»[4] رواه مسلم وأبو داود، وقولهم إن الشهادة على النفى لا تقبل، قلنا: لا ترد مطلقًا فإنه لو شهدت بينة أن هذا وارث هذا الميت لا وارث له سواه قبلت، ولأن هذه وإن كانت تتضمن النفى فهى تثبت حالة

---

(4) أخرجه مسلم (٢/ زكاة/ ١٠٩/ ٧٢٢) وأبو داود (١/ ١٦٤٠) وأحمد فى مسنده (٣/ ٤٧٧).

ولنا قول النبى ﷺ : «من أدرك متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس فهو أحق به»(١٠) فشرط أن يجده بعينه ولم يجده بعينه، ولأنه إذا أدركه بعينه حصل له بالرجوع فصل الخصومة وانقطاع ما بينهما من المعاملة بخلاف ما إذا وجد بعضه ولا فرق بين أن يرضى بالموجود بجميع الثمن أو يأخذه بقسطه من الثمن لأنه فات شرط الرجوع، وإن كان المبيع عينين كعبدين أو ثوبين تلف أحدهما أو بعض أحدهما ففى جواز الرجوع فى الباقى منهما روايتان:
إحداهما: لا يرجع، نقلها أبو طالب عن أحمد قال: لا يرجع ببقية العين ويكون أسوة الغرماء لأنه لم يجد المبيع بعينه فأشبه ما لو كان عينًا واحدًا، ولأن بعض المبيع تالف فلم يملك الرجوع كما لو قطعت يد العبد ونقل الحسن بن ثواب عن أحمد إن كان ثوبًا واحدًا فتلف بعضه فهو أسوة الغرماء، وإن كان رزمًا فتلف بعضها فإنه يأخذ بقيمتها إذا كان بعينه لأن السالم من المبيع وجده البائع بعينه فيدخل فى عموم قوله ﷺ : «من أدرك متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس فهو أحق به» ولأنه مبيع وجده بعينه فكان للبائع الرجوع فيه كما لو كان جميع المبيع.

فصل: **وإن باع بعض المبيع أو وهبه أو وقفه فهو بمنزلة تلفه**، لأن البائع ما أدرك ماله بعينه.

فصل: وإن نقصت مالية المبيع لذهاب صفة مع بقاء عينه كعبد هزل أو نسى صناعة أو

تظهر ويوقف عليها بالمشاهدة بخلاف ما إذا شهدت أنه لا حق له فإن هذا مما لا يوقف عليه ولا يشهد به حال يتوصل بها إلى معرفته، بخلاف مسألتنا وتسمع البينة فى الحال، وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة: لا تسمع فى الحال وتحبس شهرًا وقيل ثلاثة أشهر، وروى أربعة حتى يغلب على ظن الحاكم أنه لو كان له مال لأظهره.

ولنا: أن كل بينة جاز سماعها بعد مدة جاز سماعها فى الحال كسائر البينات، وما ذكروه لو كان صحيحًا لأغنى عن البينة، فإن قال الغريم: أحلفوه لى مع بينته أن لا مال له لم يستحلف فى ظاهر كلام أحمد، لأنه قال فى رواية إبراهيم فى رجل جاء بشهود على حق فقال الغريم: استحلفوه لا يستحلف، لأن ظاهر الحديث البينة على المدعى واليمين على من أنكر، قال القاضى: سواء شهدت البينة بتلف المال أو بالإعسار، وهذا أحد قولى الشافعى، لأنها بينة مقبولة فلم يستحلف معها كما لو شهدت بأن هذا عبده، وفيه وجه آخر أنه يستحلف وهو القول الثانى للشافعى، لأنه يحتمل أن يكون له مال خفى عن البينة، قال شيخنا: ويصح عندى إلزامه اليمين على الإعسار إذا شهدت البينة بتلف المال، وسقوطها عنه فيما إذا شهدت بالإعسار لأنها إذا شهدت بالتلف صار كمن لم يثبت له أصل مال أو بمنزلة من أقر له غريمه

---

(١٠) تقدم تخريجه برقم (٨).

كتابة أو كبر أو مـرض أو تغير عقله، أو كان ثوبًا فخلق لم يمنع الرجوع، لأن فـقد الصفة لا يخرجـه عن كونه عين مـاله لكنه يتخير بـين أخذه ناقصًا بجـميع حقـه، وبين أن يضرب مع الغرماء بكمال ثمنه، لأن الثمن لا يتقسط على صفة السلعة من سمن أو هزال أو علم أو نحوه فيصير كنقصه لتغير الأسعار، ولو كان المبيع أمة ثيبًا فوطئها المشترى ولـم تحمل، فله الرجوع فيها لمـا ذكرنا، فإنها لم تنقص فى ذات ولا فى صفات، وإن كـانت بكرًا، فقال القاضى: له الرجوع، لأنه فقد صفة، فإنه لم يذهب منهـا جزء، وإنما هو كالجراح، وقال أبو بكر: ليس له الرجوع، لأنه أذهب منها جزءًا فأشبه ما لو فقـأ عينها وإن وجد الوطء من غير المفلس فهو كوطء المفلس فيما ذكرنا.

فصل: وإن جرح العبد أو شج، فعلى قول أبى بكر: لا يرجع ، لأنه ذهب جزء ينقص به الثمن فأشبه مـا لو فقئت عين العبد، لأنه ذهب من العين جزء له بـدل فمنع الرجوع، كما لو قطعت يد العيد، ولأنه لو نقص صفـة مجردة لم يكن للبائع من الرجوع فيهـا شىء سواء كما ذكرنا فى هزال العبد ونسيان الصنعة وههنـا بخلافه، ولأن الرجوع فى المحل المنصوص عليه يقطع النزاع ويزيل المـعاملة بينهما، فـلا يثبت فى محل لا يحـصل به هذا المقصـود، وقال القاضى: قياس المذهب أن له الرجوع لأنه فقد صفة فـأشبه نسيان الصنعة واستخلاق الثوب، فإذا رجع نظرنا فى الجرح فإن كان مما لا أرش له كالحاصل بفعل الله تعالى أو فعل بهيمة أو جناية المفلس، أو جناية عـبده، أو جناية العبد على نفســه، فليس له مع الرجوع أرش، وإن

بتلف ذلك المال وادعى له مالاً سواه أو أنه استحدث مالاً بعد تلفه، ولو لم تقم البينة وأقر له غريمه بتلف ماله، وادعى أن له مالاً سواه لزمته اليمين فكذلك إذا قامت به البينة فإنها لا تزيد على الإقرار، فإن كـان الحق ثبت عليه فى غير مقـابلة مال أخذه كأرش الجناية وقيـمة متلف ومهر أو ضمان أو كفالة أو عوض خلع إن كانت امرأة فإن لم يعرف له مال حلف، أنه لا مال له وخلى سبـيله، وهذا قول الشـافعى وابن المنذر، وإنمـا اكتفـينا بيمـينه، لأن الأصل عدم المال، وقد روى أن النبى ﷺ قال: لحبة وسـواء ابنى خالد بن سواء: «لا تيأسا من الرزق ما اهتزت رءوسكما فإن ابن آدم يخلق ولـيس له إلا قشرتاه ثم يرزقه الله تعالى»(5) قـال ابن المنذر: الحبس عقـوبة ولا نعلم له ذنبًا يعاقب به والأصل عدم مـاله بخلاف من علم له مال فإن الأصل بقاء مـاله فيحبس حتى يعلم ذهابه، ومطلق كـلام الخرقى يدل على أن يحبس فى الحالتين لكنه ينبغى أن يحمل كلامه على هذا لقيام الدليل على الفرق.

فصل: ومتى ثبت إعساره عند الحاكم لم يجز مطالبتـه ولا ملازمته، وبه قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: لغرمائه ملازمتـه من غير أن يمنعوه من الكسب، فإذا رجع إلى بيته فأذن لهم

(5) أخرجه ابن ماجه (٢/ ح ٤١٦٥) وأحمد فى مسنده (٣/ ٤٦٩) وقال الألبانى: إسناده ضعيف.

كان الجرح موجبًا لأرش كجناية الأجنبى فللبائع إذا رجع أن يضرب مع الغرماء بحصة ما نقص من الثمن فينظر كم نقص من قيمته فيرجع بقسط ذلك من الثمن، لأنه مضمون على المشترى للبائع بالثمن، **فإن قيل**: فهلا جعلتم له الأرش الذى وجب على الأجنبى لأنه لو لم يجب به أرش لم يرجع بشىء، فلا يجوز أن يرجع بأكثر من الأرش؟ **قلنا**: لما أتلفه الأجنبى صار مضمونًا بإتلافه للمفلس فكان بالأرش له وهو مضمون على المفلس للبائع بالثمن فلا يجوز أن يضمنه بالأرش، وإذا لم يتلفه أجنبى فلم يكن مضمونًا فلم يجب بفواته شىء، **فإن قيل**: فهلا كان هذا الأرش للمشترى ككسبه لا يضمنه للبائع؟ **قلنا**: الكسب بدل منافعه، ومنافعه مملوكة للمشترى بغير عوض، وهذا بدل جزء من العين، والعين جميعها مضمونة بالعوض فلهذا ضمن ذلك للمشترى.

فصل: فإن اشترى زيتًا فخلطه بزيت آخر قمحًا فخلطه بما لا يمكن تمييزه منه سقط حق الرجوع، وقال مالك يأخذ زيته، وقال الشافعى، إن خلطه بمثله أو دونه لم يسقط الرجوع وله أن يأخذ متاعه بالكيل أو الوزن.

وإن خلطه بأجود منه، ففيه قولان: **أحدهما**: يسقط حقه من العين، قال الشافعى: وبه أقول، واحتجوا بأن عين ماله موجودة من طريق الحكم، فكان له الرجوع كما لو كانت منفردة، ولأنه ليس فيه أكثر من اختلاط ماله بغيره، فلم يمنع الرجوع كما لو اشترى ثوبًا فصبغه، أو سويقًا فَلَتَّهُ.

فى الدخول معه وإلا منعوه من الدخول، لقول النبى ﷺ: «لصاحب الحق اليد واللسان»(6).

ولنا أنه من ليس لصاحب الحق مطالبته لم يكن له ملازمته كصاحب الدين المؤجل، وقول الله تعالى: ﴿فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ ومن وجب إنظاره حرمت ملازمته كمن دينه مؤجل، والحديث فيه مقال قاله ابن المنذر، ثم نحمله على الموسر بدليل ما ذكرنا، وقد ثبت أن النبى ﷺ قال لغرماء الذى أصيب فى ثمار ابتاعها فكثر دينه: «خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك» رواه مسلم والترمذى.

8- مسألة: (وإن كان له مال لا يفى به فسأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه لزمته إجابتهم).

إذا اتفق الغرماء على طلب الحجر عليه فى هذه الحال لزم الحاكم إجابتهم، ولا يجوز الحجر عليه بغير سؤال غرمائه، لأنه لا ولاية له فى ذلك إنما يفعله الغرماء فاعتبر رضاهم،

---

(6) أخرجه الدارقطنى (٤/ ٢٣٢) من حديث مكحول وقال: الحديث مرسل وابن عدى فى الكامل (٦/ ٢٧٨) وفى إسناده بقية، وهو مدلس وقد عنعنه، وفيه أيضًا محمد بن معاوية أبو على النيسابورى فهو ضعيف كما قال ابن عدي.

ولنا: أنه لم يجد عـين ماله فلم يكن له الرجوع كـما لو تلفت، ولأن ما يأخذه من غـير عين ماله، إنما يأخـذه عوضًا عن ماله، فلم يختص به دون الغرماء كـما لو تلف ماله، وقول النبى ﷺ: «من أدرك متاعه بعينه» أى من قـدر عليه وتمكن من أخذه من المفلس بدليل ما لو وجده بعد زوال ملك المفلس، أو كانت مسامـيـر قد سمر بها بابًا، أو حجرًا قد بنى عليه، أو خشبًا فى سـقفه، أو أمة استولدها، وهذا إذا أخـذ كيله أو قيمته، إنمـا يأخذ عوض ماله، فهو كالثمن والقيمة وفارق المصبوغ فإن عينه يمكنه أخذها والسويق كذلك فاختلفا.

فـصل: وإن اشترى حنطة فطحنها أو زرعها، أو دقيقًا فخبزه، أو زيتًا فعمله صابونًا، أو ثوبًا فقطعه قميصًا، أو غزلاً فنسجه ثوبًا، أو خشبًا فنجره أبوابًا، أو شريطًا فعمله إبرًا، أو شيئًا فعمل به ما أزال اسمه، سقط حق الرجوع وقال الشافعى فيه قولان: **أحدهما:** به أقول: يأخذ عين ماله ويعطى قيمة عمل المفلس فيها، لأن عين مـاله موجودة، وإنما تغير اسمها فأشبه ما لو كان المبيع جملاً فصار كبشًا أو وَدِيًا(١١) فصار نخلاً.

ولنا: إنه لم يجد متاعه بعينه فلم يكن الرجوع كمـا لو تلف، ولأنه غير اسمه وصفته فلم يملك الرجوع كما لو كان نوى فنبت شجرًا، والأصل الذى قاسوا عليه ممنوع، وإن سلم فإنه لم يتغير اسمه بخلاف مسألتنا.

فـصل: وإن كان حبّا فصار زرعًا، أو زرعًا فصار حبّا أو نوى فنبت شجرًا، أو بيضًا فصار

وكذلك إن سأله بعضـهم، وبهذا قال مالك والشافعى، وقال أبو حنيفـة: ليس للحاكم الحجر عليه فإذا أدى اجتهاده إلى الحجر عليه ثبت، لأنه فصل مجتهد فيه.

ولنا أن النبى ﷺ حجر على معاذ وباع ما له فى دينه رواه الخلال بإسناده.

فـــصل: وتصرفه قبل حـجر الحاكم فى ماله نافذ من البيع والهبـة والإقرار وقضاء بعض الغـرماء وغـيـر ذلك، وبه قال أبو حنيفـة ومالك والشافعى ولا نعلم خلافًا، لأنه رشـيد غير محجور عليـه فنفذ تصرفه كغيـره، ولأن سبب المنع الحجر فلا يتقـدم سببه، ولأنه من أهل التصـرف، ولم يحجر عـليه أشبـه المليء، وإن أكرى جمـلاً بعينه أو دارًا لم تنفـسخ إجارته بالفلس وكان المكترى أحق به حتى تنقضى مدته.

9- مسألة: (ويستحب إظهار الحجر عليه والإشهاد عليه).

لتجنب معاملته لئلا يستضر الناس بضيـاع أموالهم، ويشهد عليه لينتشر ذلك، وربما عزل الحاكم أو مات فيثبت الحجر عند الآخر فلا يحتاج إلى ابتداء حجر ثان.

فـصل: قال الشيخ ﷺ: **(ويتعلق بالحجر عليه أربعة أحكام: أحدها: تعلق حق الغرماء بماله فلا يصح تصرفه فيه ولا يقبل إقراره عليه إلا العتق على إحدى الروايتين)** متى حجر على المفلس لم ينفذ تصرفه فى شىء من ماله فإن تصرف فيه ببيع أو هبة أو وقف أو إصداق امرأة

---

(١١) الودى: صغار النخل واحدتها ودية.

فراخًا، سقط حق الرجوع، وقال القاضى: لا يسقط وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى المنصوص عليه منهما، لأن الزرع نفس الحب والفرخ نفس البيضة.

ولنا: أنه لم يجد عين ماله فلم يرجع كما لو أتلفه متلف فأخذ قيمته، ولأن الحب أعيان ابتدأها الله تعالى لم تكن موجودة عند البيع، وكذلك أعيان الفرخ: ولو استأجر أرضًا واشترى بذرًا وماء، فزرع وسقى واستحصد وأفلس، فالمؤجر وبائع البذر والماء غرماء لا حق لهم فى الرجوع، لأنهم لم يجدوا أعيان أموالهم، وعلى قول من قال: له الرجوع فى الزرع يكون عليه غرامة الأجرة وثمن الماء، أو قيمة ذلك.

فصل: وإن اشترى ثوبًا فصبغه، أو سويقًا فلته بزيت، فقال أصحابنا: لبائع الثوب والسويق الرجوع فى أعيان أموالهما، وهو مذهب الشافعى، لأن عين مالهما قائمة مشاهدة ما تغير اسمها ويكون المفلس شريكًا لصاحب الثوب والسويق بما زاد عن قيمتهما فإن حصل زيادة فهى له، وإن حصل نقص فعليه، وإن نقصت قيمة الثوب أو السويق، فإن شاء البائع أخذهما ناقصين ولا شىء له، وإن شاء تركهما ولو أسوة الغرماء، لأن هذا نقص صفة فهو كالهزال، ويحتمل أن لا يكون له الرجوع إذا زادت القيمة لأنه اتصل بالمبيع زيادة للمفلس فمنعت الرجوع كما لو سمن العبد، ولأن الرجوع ههنا لا يتخلص به البائع من المفلس ولا يحصل به المقصود من قطع المنازعة وإزالة المعاملة بل يحصل به ضرر الشركة فلم يكن فى معنى المنصوص عليه فلا يمكن إلحاقه به.

مالاً له أو نحو ذلك لم يصح، وبه قال مالك والشافعى فى قول، وقال فى آخر: يقف تصرفه فإن كان فيما بقى من ماله وفاء الغرماء وإلا بطل.

ولنا: أن حقوق الغرماء تعلقت بأعيان ماله فلم يصح تصرفه فيها كالعين المرهونة، ولأنه محجور عليه بحكم حاكم فأشبه السفيه، وإن أقر بدين لم يقبل فى الحال ويتبع به بعد فك الحجر عنه نص عليه وهو قول مالك ومحمد بن الحسن والثورى والشافعى فى قول، وقال فى الآخر يشاركهم، اختاره ابن المنذر، لأنه دين ثابت مضاف إلى ما قبل الحجر فشارك صاحبه الغرماء كما لو ثبت بينة.

ولنا: أنه محجور عليه فلم يصح إقراره فيما حجر عليه فيه كالسفيه، ولأنه إقرار يبطل ثبوته فى غير حق غير المقر فلم يقبل، أو إقرار على الغرماء فلم يقبل كإقرار الراهن، ولأنه متهم فى إقراره وفارق البينة فإنه لا تهمة فى حقها، فإن كان المفلس صانعًا كالقصار والحائك فى يده متاع فأقر به لأربابه لم يقبل والقول فيها كالتى قبلها، وتباع العين التى فى يده وتقسم بين الغرماء وتكون قيمتها واجبة على المفلس إذا قدر عليها، لأنها انصرفت فى وفاء دينه بسبب من جهته فكانت قيمتها عليه كما لو أذن فى ذلك، وإن توجهت على المفلس يمين فنكل عنها فقضى عليه فحكمه حكم إقراره يلزم فى حقه دون الغرماء، فإن أعتق بعض رقيقه

فصل: وإن اشترى صبغًا فصبغ به ثوبًا، أو زيتًا فلت به سويقًا، فبائعهما أسوة الغرماء، وقال أصحاب الشافعي: له الرجوع، لأنه وجد عين ماله، قالوا ولو اشترى ثوبًا وصبغًا وصبغ الثوب بالصبغ رجع بائع كل شيء في عين ماله وكان بائع الصبغ شريكًا لبائع الثوب، وإن حصل نقص فهو من صاحب الصبغ لأنه الذى يتفرق وينقص الثوب بحاله فإذا كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ خمسة فصارت قيمتهما اثنا عشر كان لصاحب الثوب خمسة أسداسه وللآخر سدسه؛ ويضرب مع الغرماء بما نقص وذلك ثلاثة دراهم، وذكر القاضى مثل هذا فى موضع.

ولنا: أنه لم يجد عين ماله فلم يكن له الرجوع كما لو تلف، ولأن المشترى شغله بغيره على وجه البيع فلم يملك بائعه الرجوع فيه، كما لو كان حجرًا بنى عليه أو مسامير سمر بها بابًا، ولو اشترى ثوبًا وصبغًا من واحد فصبغه به، فقال أصحابنا: لا فرق بين ذلك وبين كون الصبغ من غير بائع الثوب، فعلى قولهم يرجع فى الثوب وحده ويكون المفلس شريكًا له بزيادة الصبغ ويضرب مع الغرماء بثمن الصبغ، ويحتمل أن يرجع فيهما ههنا، لأنه وجد عين ماله متميزًا عن غيره فكان له الرجوع فيه للخبر، ولأن المعنى فى المحل الذى يثبت فيه الرجوع موجود ههنا، فيملك الرجوع به كما يملكه ثم ولو أنه المشترى رفوفًا ومسامير من رجل واحد فسمرها بها رجع بائعهما فيهما كذلك وكذلك ما أشبهه.

صح فى إحدى الروايتين ونفذ وهو قول أبى يوسف وإسحاق، لأنه عتق من مالك رشيد فنفذ كما قبل الحجر، وفارق سائر التصرفات، لأن للعتق تغليبًا وسراية ولهذا يسرى إلى ملك الغير بخلاف غيره، والأخرى لا ينفذ عتقه وبه قال مالك وابن أبى ليلى والثورى والشافعى واختاره أبو الخطاب فى رءوس المسائل، لأنه ممنوع من التبرع لحق الغرماء فلم ينفذ عتقه كالمريض الذى يستغرق دينه ماله، وأما سرايته إلى ملك الغير فمن شرطه أن يكون موسرًا يؤخذ منه قيمة نصيب شريكه ولا يتضرر، ولو كان معسرًا لم ينفذ عتقه إلا فى ملكه صيانة لحق الغير وحفظًا له عن الضياع كذا ههنا وهذا أصح إن شاء الله تعالى.

10- مسألة: (فإن تصرف فى ذمته بشراء أو ضمان أو إقرار صح).

ويتبع به بعد فك الحجر عنه، لأنه أهل للتصرف وإنما وجد فى حقه الحجر، والحجر متعلق بماله لا بذمته ولكن لا يشارك أصحاب هذه الديون الغرماء، لأنهم رضوا إذا علموا بفلسه وعاملوه ومن لا يعلم فقد فرط فى ذلك فإن هذا فى مظنة الشهرة، فعلى هذا يتبع بها بعد فك الحجر عنه، وفى إقراره خلاف ذكرناه فى المسألة التى قبلها، فأما إن ثبت عليه حق ببينة شارك صاحبه الغرماء، لأنه دين ثابت قبل الحجر عليه أشبه ما لو شهدت به قبل الحجر.

11- مسألة: (وإن جنى شارك المجنى عليه الغرماء، وإن جنى عبده قدم المجنى عليه بثمنه).

فصل: إذا اشترى ثوبًا فَقَصَره[١٢] لم يخل من حالين: أحدهما: أن لا تزيد قيمته بذلك فللبائع الرجوع فيه، لأن عين ماله قائمة لم يزل اسمها ولم يتلف بعضها ولا اتصلت بغيرها فكان له الرجوع فيها كما لو علم العبد صناعة لم ترد قيمته بها، وسواء نقصت قيمته بذلك أو لم تنقص، لأن ذلك النقص نقص صفة، فلا يمنع الرجوع كنسيان صناعة وهزال العبد، ولا شيء له مع الرجوع، **الثاني:** أن تزيد قيمته بذلك فليس للبائع الرجوع على قياس قول الخرقي: لأن الثوب زاد زيادة لا تتميز فلم يملك البائع الرجوع فيه كما لو سمن العبد، ولأنه لم يجد عين ماله متميزة عن غيرها، فلم يملك الرجوع كبائع الصبغ إذا صبغ به، والزيت إذا لت به سويق، وقال القاضي وأصحابه: له الرجوع فيها لأنه أدرك متاعه بعينه، ولأنه وجد عين ماله لم يتغير اسمها ولا ذهبت عينها فملك الرجوع فيها كما لو صبغها، فعلى قولهم: إن كانت القصارة بعمل المفلس أو بأجرة وفاها، فهما شريكان في الثوب، فإذا كانت قيمة الثوب خمسة، فصار يساوي ستة، فللمفلس سدسه، ولبائعه خمسة أسداسه، فإن اختار البائع دفع قيمة الزيادة إلى المفلس لزمه قبولها لأنه يتخلص بذلك من ضرر الشركة من غير مضرة تلحقه فأشبه ما لو دفع الشفيع قيمة البناء إلى المشتري، وإن لم يختر بيع الثوب وأخذ كل واحد منهما بقدر حقه، وإن كان العمل من صانع لم يستوف أجره، فله حبس الثوب على استيفاء أجره، فإن كانت الزيادة بقدر الأجر دفعت إليه، وإن كانت أقل فله حبس الثوب على استيفاء

إذا جنى المفلس بعد الحجر جناية موجبة للمال شارك المجني عليه الغرماء، لأن حق المجني عليه ثبت بغير اختياره، ولو كانت الجناية موجبة للقصاص فعفا صاحبها عنها إلى مال أو صالحه المفلس على مال شارك الغرماء، لأن سببه ثبت بغير اختيار صاحبه فأشبه ما أوجب المال، **فإن قيل:** ألا قدمتم حقه على الغرماء كما قدمتم حق من جنى عليه بعض عبيد المفلس؟ **قلنا:** لأن الحق في العبد الجاني تعلق بعينه فقدم لذلك، وحق هذا تعلق بالذمة كغيره من الديون فاستويا، فإن جنى عبده قدم المجني عليه بثمنه، لأن الحق تعلق بالعين فقدم على من تعلق حقه بالذمة كما يقدم حق المرتهن بثمن الرهن على الغرماء، ولأن حق المجني عليه يقدم على حق المرتهن فأولى أن يقدم على حق الغرماء.

فصل: قال رحمه الله: **(الثاني أن من وجد عنده عينًا باعها إياه فهو أحق بها بشرط أن يكون المفلس حيًا ولم ينقد من ثمنها شيئًا، والسلعة بحالها لم يتلف بعضها ولم تتغير صفتها بما يزيل اسمها كنسج الغزل وخبز الدقيق).**

وجملته أن المفلس إذا حجر عليه فوجد بعض غرمائه سلعته التي باعه إياها بعينها فله فسخ البيع والرجوع في عين ماله بالشروط التي نذكرها، روي ذلك عن عثمان وعلي وأبي هريرة، وبه قال عروة ومالك والشافعي والأوزاعي والعنبري وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر،

---

(١٢) قصر الثوب: دقه وبيضه.

قدر الزيادة ويضرب مع الغرماء بما بقى، وإن كانت أكثر مثل أن تكون الزيادة درهمين، والآخر درهم فله قدر أجره وما فضل للغرماء.

فصل: الشرط الثانى: أن لا يكون المبيع زاد زيادة متصلة كالسِّمَنِ والكِبَرِ وتعلم الصناعة أو الكتابة أو القرآن ونحو ذلك، واختلف المذهب فى هذا فذهب الخرقى إلى أنها تمنع الرجوع، وروى الميمونى عن أحمد أنها لا تمنع وهو مذهب مالك والشافعى إلا أن مالكًا يخير الغرماء بين أن يعطوه السلعة أو ثمنها الذى باعها به، احتجوا بالخبر، وبأنه فسخ لا تمنع منه الزيادة المنفصلة فلا تمنعه المتصلة كالرد بالعيب وفارق الطلاق فإنه ليس بفسخ ولأن الزوج يمكنه الرجوع فى قيمة العين فيصل فى حقه تامّا وههنا لا يمكنه الرجوع فى الثمن.

ولنا: أنه فسخ بسبب حادث فلم يملك به الرجوع فى عين المالم الزائدة زيادة متصلة كفسخ النكاح بالإعسار أو الرضاع، ولأنها زيادة فى ملك المفلس فلم يستحق البائع أخذها كالمنفصلة والحاصلة بفعله ولأن النماء لم يصل إليه من البائع فلم يستحق أخذه منه كغيره من أمواله وفارق الرد بالعيب لوجهين: **أحدهما:** أن الفسخ فيه من المشترى فهو راض بإسقاط حقه من الزيادة وتركها للبائع بخلاف مسألتنا، **والثانى:** أن الفسخ ثم لمعنى قارن العقد وهو العيب القديم والفسخ ههنا لسبب حادث فهو أشبه بفسخ النكاح الذى لا يستحق به استرجاع العين الزائدة، وقولهم: إن الزوج إنما لم يرجع فى العين لكونه يندفع عنه الضرر بالقيمة ـ لا

وقال الحسن والنخعى وابن شبرمة وأبو حنيفة: هو أسوة الغرماء، لأن البائع كان له حق الإمساك لقبض الثمن فلما سلمه أسقط حق الإمساك فلم يكن له أن يرجع فى ذلك بالإفلاس كالمرتهن إذا سلم الرهن إلى الراهن، ولأنه ساوى الغرماء فى سبب الاستحقاق فيساويهم فى الاستحقاق كسائرهم.

ولنا: ما روى أبو هريرة أن النبى ﷺ قال: «من أدرك متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس فهو أحق به» متفق عليه، قال أحمد: لو أن حاكمًا حكم أنه أسوة الغرماء ثم رفع إلى رجل يرى العمل بالحديث جاز له نقض حكمه، ولأن هذا العقد يلحقه الفسخ بالإقالة فجاز فيه الفسخ لتعذر الغرض كالمسلم فيه إذا تعذر، ولأنه لو شرط فى البيع رهنًا فعجز عن تسليمه استحق الفسخ وهو وثيقة بالثمن، فالعجز عن تسليم الثمن بنفسه أولى، ويفارق البيع الرهن فإن إمساك الرهن إمساك مجرد على سبيل الوثيقة وليس ببدل، والثمن ههنا بدل عن العين، فإذا تعذر استيفاؤه رجع إلى المبدل، وقولهم: تساووا فى سبب الاستحقاق قلنا: لكن اختلفوا فى الشرط فإن بقاء العين شرط لملك الفسخ، وهى موجودة فى حق من وجد متاعه دون من لم يجده، إذا ثبت هذا فإن البائع بالخيار إن شاء رجع فى السلعة وإن شاء لم يرجع، وكان أسوة الغرماء وسواء كانت السلعة مساوية لثمنها أو أقل أو أكثر، لأن الإعسار سبب يثبت جواز

يصح فإن اندفاع الضرر عنه بطريق آخر لا يمنعه من أخذ حقه من العين، ولو كان مستحقًا للزيادة لم يسقط حقه منها بالقدرة على أخذ القيمة كمشترى المعيب، ثم كان ينبغى أن يأخذ قيمة العين زائدة لكون الزيادة مستحقة، فلما لم يكن كذلك علم أن المانع من الرجوع كون الزيدة للمرأة وأنه لا يمكن فصلها، كذلك هـهنا بل أولى، فإن الزيادة يتعلق بها حق المفلس والغرماء، فمنع المشترى من أخذ زيادة ليست له أولى من تفويتها على الغرماء الذين لم يصلوا إلى تمام ديونهم والمفلس المحتاج إلى تبرئة ذمته عند اشتداد حاجته.

فصل: وأما الخبر فمحمول على من وجد متاعه على صفته ليس بزائد ولم يَتَعَلَّق به حق آخر، وهـهنا قد تعلقت به حقوق الغرماء لما فيه من الزيادة لما ذكرنا من الدليل يحققه أنه إذا كان تلف بعض المبيع مانعًا من الرجوع من غير ضرر يلحق بالمفلس ولا بالغرماء، فلأن يمنع الزيادة فيه مع تفويتها بالرجوع عليهم أولى، ولأنه إذا رجع فى الناقص فما رجع إلا فيما باعه وخرج منه، وإذا رجع فى الزائد أخذ ما لم يبعه واسترجع ما لم يخرج عنه، فكان بالمنع أحق.

فصل: فأما الزيادة المنفصلة كالولد، والثمرة، والكسب فلا تمنع الرجوع بغير خلاف بين أصحابنا، وهو قول مالك والشافعى، وسواء نقص بها المبيع أو لم ينقص، إذا كان نقص صفة والزيادة للمفلس، هذا ظاهر كلام الخرقى، لأنه منع الرجوع بالزيادة المتصلة لكونها للمفلس فالمنفصلة أولى، وهذا قول ابن حامد والقاضى ومذهب الشافعى وهو الصحيح ـ إن شاء الله تعالى ـ وقال أبو بكر: الزيادة للبائع وهو مذهب مالك، ونقل حنبل عن أحمد فى ولد الجارية ونتاج الدابة: هو للبائع لأنها زيادة فكانت للبائع كالمتصلة.

الفسخ فلا يوجبه كالعيب والخيار، ولا يفتقر الفسخ إلى حكم حاكم، لأنه فسخ ثبت بالنص فلم يحتج إلى حكم حاكم كفسخ النكاح لعتق أمة.

فصل: وهل خيار الفسخ على الفور أو التراخى فيه وجهان: **أحدهما**: أنه على التراخى، لأنه حق رجوع يسقط إلى عوض فكان على التراخى كالرجوع فى الهبة، **والثانى**: على الفور، لأن جواز تأخيره يفضى إلى الضرر بالغرماء، لإفضائه إلى تأخير حقوقهم فأشبه خيار الأخذ بالشفعة، وهذان الوجهان مبنيان على الروايتين فى خيار الرد بالعيب، ونصر القاضى الوجه الثانى ولأصحاب الشافعى الوجهان.

فصل: فإن بذل الغرماء لصاحب السلعة الثمن، ليتركها لم يلزمه قبوله، نص عليه أحمد وبه قال الشافعى، وقال مالك: ليس له الرجوع إنما جاز لدفع ما يلحق من النقص فى الثمن فإذا بذل له بكماله لم يكن له الرجوع كما لو زال العيب من المعيب.

ولنا الخبر الذى رويناه، ولأنه تبرع بدفع الحق من غير من هو عليه فلم يجبر صاحب

ولنا: أنها زيـادة انفصلت فى ملك المشـترى فكانت له كـما لو رده بعـيب، ولأنه فسخ استحق به استرجـاع العين فلم يستحق أخذ الزيادة المنفصلة كفسخ الـبيع بالعيب أو الخيار أو الإقالة وفسخ النكاح بسبب من أسباب الفسخ وقول النبى ﷺ: «الخراج بالضمان»(١٣) يدل لى أن النماء والغلة للمـشترى لكون الضـمان عليه، وأما الزيادة المـتصلة فقـد دللنا على أنها للمـفلس أيضًا وفى ذلك تنبـيـه على كون المنفـصلة له ثم لو سلمنا ثم فـالفرق ظاهر، فـإن المتصلة تتبع فى الفسوخ والرد بالعـيب بخلاف المنفصلة، ولا ينبغى أن يقع فى هذا اختلاف لظهوره، وكلام أحمد فى رواية حنبل يحمل على أنه باعهما فى حال حملها فيكونان مبيعين، ولهذا خص هذين بالذكر دون بقية النماء.

فــصـل: ولو اشترى أمَـةً حاملاً ثم أفلس ـ وهى حامل ـ فله الرجوع فـيها إلا أن يكون الحمل قـد زاد بكبره وكثـرت قيمـتهـا من أجله فيكون من قبـيل الزائد زيادة متـصلة على ما مضى، وإن أفلس بعد وضعهـا، فقال القاضى: له الرجوع فيهما بكل حـال من غير تفصيل، والصحيح أننا إن قلنا: إن الحمل لا حكم له فالولد زيادة منفصلة فعلى قول أبى بكر: لا يمنع الرجوع فيـهما وعلى قول غـيره يكون الولد للمفلس فـيحتمل أن يمنع الرجـوع فى الأم لئلا يفـضى إلى التفـريق بين الأم وولدها، ويحتـمل أن يرجع فى الأم ويدفع قـيمـة الولد ليكونا جميعًا، وإن لم يفعل بيعت الأم وولدها جميعًا وقـسم الثمن على قدر قيمتهما فما خص الأم فهو للبائع وما خص الولد كان للمـفلس، وإن قلنا: إن للولد حكمًا وهو الصحيح لما ذكرناه

الحق على قبضه كما لو أعسر الزوج بالنفقة فبـذلها غيره أو أعسر المكاتب فبذل غيره ما عليه لسيده وبهذا ينتقض ما ذكروه وسواء بذلوه من أموالهم أو خصوه بثمنه من مال المفلس، وفى هذا القسم ضرر آخر، لأنه لا يـأمن أن يظهر له غريم لم يحضر فيرجـع عليه، وإن دفعوا إلى المفلس الثـمن فبذله للـبائع لم يكن له الفسخ، لأنه زال العـجز عن تسليم الثـمن فزال ملك الفسخ كما لو أسقط سائر الغرماء حقوقـهم عنه فملك أداء الثمن، ولو أسقط الغرماء حقوقهم عنه فتـمكن من الأداء أو وهب له مال فأمكنه الأداء منه أو غلت أعـيان ماله فصـارت قيمتـها وافية بحـقوق الغرماء بحـيث يمكنه أداء الثمن كله لم يملك الفسخ لزوال سبـبه، ولأنه مكنه الوصول إلى ثمن سلعته من المشترى فلم يكن له الفسخ كما لو لم يفلس.

فــصـل: فإن اشترى المفلس مـن إنسان سلعة بعد الحجر فى ذمته، وتعـذر الاستيفاء لم يكن له الفسخ سواء علم أو لم يعلم، لأنه لا يستحق المطالبة بثمنها فلا يستحق الفسخ لتعذره كما لو كان ثمنها مؤجلاً، ولأن العالم بالفلس دخل على بصيرة بخراب الذمة أشبه من اشترى معيبًـا يعلم عيبه، وفيه وجه آخـر: له الخيار لعموم الخبر، ولأنه عـقد عليه وقت الفسخ فلم يسقط حقـه من الفسخ، كما لو تزوجت امرأة فـقيرًا بنفقتـها، وفيه وجه ثالث إن كـان عالمًا

---

(١٣) تقدم تخريجه فى المسألة رقم (٧٠١) برقم (١٦).

فيما تقدم فإن كانت الأم والولد قد زادا بالوضع فحكمهما حكم المبيع الزائد زيادة متصلة وإن لم يزيدا جاز الرجوع فيهما، وإن زاد أحدهما دون الآخر خرج على الروايتين فيما إذا كان المبيع عينين فتلف بعض أحدهما فهل يمنع ذلك الرجوع في الأخرى كذلك؟ يخرج ههنا وجهان: **أحدهما**: أنه له الرجوع فيما لم يزد دون ما زاد فيكون حكمه كحكم الرجوع في الأم دون الولد على ما فصلناه، **الثاني**: ليس له الرجوع في شيء منهما لأنه لم يجد المبيع إلا زائدًا فامتنع عليه الرجوع كالعين الواحدة، وإن كان البيع حيوانًا غير الأمة فحكمه حكمها إلا في أن التفريق بينها وبين ولدها جائز، والأمة بخلاف ذلك.

فصل: وإن اشترى حائلاً فحملت ثم أفلس ـ وهي حامل ـ فزادت قيمتها به، فهي زيادة متصلة تمنع الرجوع على قول الخرقي ولا تمنعه على رواية الميموني، وإن أفلس بعد وضعها فهي زيادة منفصلة فتكون للمفلس على الصحيح، ويمتنع الرجوع في الأم دون ولدها لما فيه من التفريق بينهما، وهذا أحد قول الشافعي، ويحتمل أن يرجع في الأم على ما ذكرنا في التي قبلها، وعلى قول أبي بكر: الزيادة للبائع فيكون له الرجوع فيهما، وقال القاضي: إذا وجدنا حاملاً انبنى على أن الحمل هل له حكم أولاً؟ فإن قلنا: لا حكم له جرى مجرى الزيادة المتصلة، وإن قلنا: له حكم فالولد في حكم المنفصل يتربص به حتى تضع ويكون الحكم فيه كما لو وجده بعد وضعه، وإن كان الحمل في غير الأدمية جاز التفريق بينهما كما تقدم.

بفلسه فلا فسخ له، وإن لم يعلم فله الفسخ كمشتري المعيب، ويفارق المعسر بالنفقة لكون النفقة يتجدد وجوبها كل يوم، فالرضا بالمعسر بها رضا بعيب ما لم يجب بخلاف مسألتنا وإنما يشبه هذا إذا تزوجت معسرًا بالصداق وسلمت نفسها إليه ثم أرادت الفسخ.

فصل: وإن استأجرت أرضًا للزرع فأفلس قبل مضي شيء من المدة فللمؤجر فسخ الإجارة لأنه وجد عين ماله، وإن كان بعد انقضاء المدة فهو غريم بالأجرة، وإن كان بعد مضي بعضها لم يملك الفسخ في قياس قولنا في المبيع إذا تلف بعضه، فإن المدة ههنا كالمبيع ومضي بعضها كتلف بعضه لكن يعتبر مضي مدة لمثلها أجر، لأنه لا يمكن التحرز عن مضي جزء منها بحال، وقال القاضي في موضع آخر: من اكترى أرضًا فزرعها ثم أفلس ففسخ صاحب الأرض فعليه زرع المفلس إلى حين الحصاد بأجر مثله، لأن المعقود عليه المنفعة فإذا فسخ العقد فسخه فيما ملك عليه بالعقد، وقد تعذر ردها عليه فكان عليه عوضها، كما لو فسخ البيع بعد تلف المبيع فله قيمته، ويضرب ذلك مع الغرماء كذا ههنا، ويضرب مع الغرماء بأجر المثل دون المسمى، وهذا مذهب الشافعي، وهذا لا يقتضيه مذهبنا ولا يشهد بصحته الخبر ولا يصح في النظر، أما الخبر فلأن النبي ﷺ إنما قال: «من أدرك متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به» وهذا ما أدرك متاعه بعينه ولا هو أحق به بالإجماع، فإنهم وافقوا على وجوب تبقيتها وعدم الرجوع في عينها، ولأن معنى قوله: من

فـصل: إذا كان المبيع نخلاً أو شجراً فأفلس المشترى لم يخل من أربعة أحوال: أحدها: أن يفلس وهى بحالها لم تزد ولم تثمر ولم يتلف بعضها فله الرجوع فيها، **الثـانى**: أن يكون فيهـا ثمر ظاهر أو طلع مؤبر ويشتـرطه المشترى فيـأكله أو يتصرف فيه أو يـذهب بجائحة ثم يفلس فهـذا فى حكم ما لو اشتـرى عينين فتلفت إحـداهما ثم أفلس فهل للبـائع الرجوع فى الأصول، ويضرب مع الغرمـاء بحصة التالف من الثمر، على روايتين، وإن تلف بعـضها فهو كتلف جمـيعها، وإن زادت أو بدا صلاحهـا فهذه زيادة متصلة فى إحدى العـينين، وقد ذكرنا بيان حكمها، **الحال الـثالث**: أن يبيعه نخلاً قد أطلعت ولم تؤبر أو شجرًا فيها ثمرة لم تظهر فهذه الثمرة تدخل فى البيع المطلق، فإن أفلس بعد تلف الـثمرة أو تلف بعضها أو الزيادة فيها أو بدو صلاح فـحكم ذلك حكم تلف بعض المبـيع وزيادته المتـصلة لأن المبيـع كان بمنزلة العين الواحدة ولهذا دخل الثمر فى مطلق البيع بخلاف التى قبلها، **الحـال الرابع**: باعه نخلاً حائلاً فأطلعت أو شجرًا فأثمر فذلك على أربعة أضرب: **أحدها**: أن يفلس قبل تأبيرها فالطلع زيادة متـصلة تمنع الرجوع على قول الخرقى كـالسِّمَنِ والكِبَرِ، ويحـتمل أن يرجع فى النخل دون الطلع، لأنه يمكن فصله، ويصح إفـراده بالبيع فهو كالمؤبر بخـلاف السمن والكبر وهذا قول ابن حـامد، وعلى رواية الميمـونى: لا يمنع بل يرجع ويكون الطلع للبائع كمـا لو فسخ بعيب وهو أحد قـولى الشافعى، والقول الثـانى: يرجع فى الأصل دون الطلع وكذلك عندهم

أدرك متاعـه بعينه أى على وجه يمكنه أخذه ويتـعلق حقه بعينه وليس هذا كـذلك، وأما النظر فإن البائع إنما كان أحق بعين ماله لتعلق حقه بالعين وإمكان رد ماله إليه بعينه فيرجع على من تعلق حقه بمـجرد الذمة، وهذا لم يتعلق حـقه بالعين ولا أمكن ردها إليه، وإنمـا صار فائدة الرجوع الضـرب بالقيمة دون المـسمى، وليس هذا هو المقتـضى فى محل النص ولا هو فى معناه، فإثـبات الحكم به تحكم بغير دليل، ولو اكـترى من يحمل له متـاعًا إلى بلد ثم أفلس المكترى قـبل حمل شيء فللمكترى الفـسخ، وإن حمل البعض أو بعض المسـافة لم يكن له الفسخ فى قـياس المذهب وقـياس قول القـاضى له ذلك، وإذا فسخ سقط عنه حـمل ما بقى وضرب مع الغـرماء بقسط ما حـمل من الأجر المسـمى، وعلى قياس قول القـاضى: ينفسخ العقد فى الجمـيع ويضرب بقسط ما حمل من أجر المثل لما ذكـرنا من قوله فى المسألة التى حكينا قوله فيها.

فـصل: وإن أقرض رجلاً مالاً ثم أفلس المقترض ـ وعـين المال قائمة ـ فله الرجوع فيه لقوله ﷺ: «من أدرك متـاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به» ولأنه غـريم وجد عين ماله فكان له أخذها كالبائع، فـإن أصدق امرأة عينًا ثم انفسخ نكاحها بسبب من جـهتها يسقط صداقها أو طلقـها قبل الدخول بها فاسـتحق الرجوع فى نصفه، وقد أفلسـت ووجد عين ماله فهو أحق بها لما ذكرنا.

الرد بالعيب والأخذ بالشفعة، **الضرب الثانى:** أفلس بعد التأبير وظهور الثمرة فلا يمنع الرجوع بغير خلاف، والطلع للمشترى إلا على قول أبى بكر، والصحيح الأول لأن الثمرة لا تتبع فى البيع الذى ثبت بتراضيهما ففى الفسخ الحاصل بغير رضى المشترى أولى ولو باعه أرضًا فارغة فزرعها المشترى ثم أفلس فإنه يرجع فى الأرض دون الزرع وجهًا واحدًا، لأن ذلك من فعل المشترى، **الضرب الثالث:** أفلس والطلع غير مؤبر فلم يرجع حتى أبر لم يكن له الرجوع كما لو أفلس بعد تأبيرها، لأن العين لا تنتقل إلا باختياره لها وهذا لم يخترها إلا بعد تأبيرها، فإن ادعى البائع الرجوع قبل التأبير وأنكره المفلس، فالقول قول المفلس مع يمينه لأن الأصل بقاء ملكه وعدم زواله، وإن قال له البائع: بعت بعد التأبير، وقال المفلس: بل قبله فالقول قول البائع لهذه العلة فإن شهد الغرماء للمفلس لم تسمع شهادتهم لأنهم يجرون إلى أنفسهم نفعًا، وإن شهدوا للبائع ـ وهم عدول ـ قبلت شهادتهم لعدم التهمة، **الضرب الرابع:** أفلس بعد أخذ الثمرة أو ذهبت بجائحة أو غيرها رجع البائع فى الأصل، والثمرة للمشترى إلا على قول أبى بكر، وكل موضع لا يتبع الثمر الشجر إذا رجع البائع فيه فليس له مطالبة المفلس بقطع الثمرة قبل أوان الجزار، وكذلك إذا رجع فى الأرض وفيها زرع للمفلس فليس له المطالبة بأخذه قبل أوان الحصاد، لأن المشترى زرع فى أرضه بحق وطلعه على الشجر بحق فلم يلزمه أخذه قبل كماله، كما لو باع الأصل وعليه الثمرة أو الزرع وليس على صاحب الزرع أجر، لأنه زرع فى أرضه زرعًا تجب تبقيته فكأنه استوفى منفعة الأرض فلم يكن عليه ضمان ذلك، إذا ثبت هذا

فصل: وإنما يستحق الرجوع فى السلعة بشروط خمسة:

أحدها: أن يكون المفلس حيًا، فإن مات فالبائع أسوة الغرماء سواء علم بفلسه قبل الموت فحجر عليه ثم مات أو مات فتبين فلسه، وبهذا قال مالك وإسحاق، وقال الشافعى: له الفسخ واسترجاع العين لما روى ابن خلدة الزرقى قاضى المدينة قال: أتينا أبا هريرة فى صاحب لنا قد أفلس فقال أبو هريرة: هذا الذى قضى فيه رسول الله ﷺ: «أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه» رواه أبو داود وابن ماجه، ولأن هذا العقد يلحقه الفسخ بالإقالة فجاز فسخه لتعذر العوض كما لو تعذر العوض كما لو تعذر المسلم فيه، ولأن الفلس سبب لاستحقاق الفسخ فجاز الفسخ به بعد الموت كالعيب.

ولنا ما روى أبو بكر بن عبد الرحمن عن أبى هريرة عن النبى ﷺ فى حديث المفلس: «فإن مات فصاحب المتاع أسوة الغرماء» رواه أبو داود، وروى أبو اليمان عن الزبيدى عن الزهرى عن أبى هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «أيما امرئ مات وعنده مال امرئ بعينه اقتضى من ثمنه شيئًا أو لم يقتض فهو أسوة الغرماء» رواه ابن ماجه، ولأنه تعلق به حق غير المفلس، والغرماء وهم الورثة فأشبه الموهوب، وحديثهم مجهول الإسناد، قاله ابن المنذر، وقال ابن عبد البر: يرويه أبو المعتمر عن الزرقى، وأبو المعتمر غير معروف بحمل العلم، ثم

فإن اتفق المفلس والغرماء على التبقية أو القطع فلهم ذلك، وإن اختلفوا فطلب بعضهم قطعه وبعضهم تبقيته نظرنا فإن كان مما لا قيمة له مقطوعًا أو قيمته يسيرة لم يقطع لأن قطعه سفه وتضييع للمال، وقد نهى النبى ﷺ عن إضاعته(١٤)، وإن كانت قيمته كثيرة ففيه وجهان: **أحدهما**: يقدم قول من طلب القطع لأنه أحوط فإن فى تبقيته غررًا ولأن طالب القطع إن كان المفلس فهو يقصد تبرئة ذمته وإن كان الغرماء فهم يطلبون تعجيل حقوقهم، وذلك حق لهم وهذا قول القاضى وأكثر أصحاب الشافعى، **والثانى**: ينظر إلى ما فيه الحظ فيعمل به لأن ذلك أنفع لجميعهم، والظاهر سلامته، ولهذا يجوز أن يزرع للمولى عليه، وفيه وجه آخر أنه إن كان الطالب للقطع الغرماء وجبت إجابتهم لأن حقوقهم حالة فلا يلزمهم تأخيرها مع إمكان إيفائها، وإن كان الطالب به المفلس دونهم وكان التأخير أحظ له لم يقطع لأنهم رضوا بتأخير حقوقهم لحظ يحصل لهم وللمفلس، والمفلس يطلب ما فيه ضرر بنفسه ومنع للغرماء من استيفاء القدر الذى يحصل من الزيادة بالتأخير فلا يلزم الغرماء إجابته إلى ذلك.

فصل: إذا أقر الغرماء بأن الزرع أو الطلع للبائع ولم يشهدوا به أو شهدوا به ولم يكونوا عدولاً أو لم يحكم بشهادتهم حلف المفلس، وثبت الطلع له ينفرد به دونهم لأنهم يقرون أنهم لا حق لهم فيه، فإن أراد دفعه إلى أحدهم وتخصيصه بثمنه فله ذلك لإقرار باقيهم بعدم حقهم فيه، فإن امتنع ذلك الغريم من قبوله أجبر على قبوله أو الإبراء من قدره من دينه فيقال له: إما أن تقبضه وإما أن تبرئ من قدر ذلك من دينك، وهذا مذهب الشافعى، لأنه محكوم

هو غير معمول به إجماعًا، فإنه جعل المتاع لصاحبه بمجرد موت المشترى من غير فلسه ولا تعذر وفائه ولا عدم قبض ثمنه، والأمر بخلاف ذلك عند جميع العلماء إلا ما حكى عن الإصطخرى - من أصحاب الشافعى - أنه قال: لصاحب السلعة أن يرجع فيها إذا مات المشترى وإن خلف وفاءً، وهذا شذوذ عن أقوال أهل العلم وخلاف للسنة لا يعرج على مثله، ويفارق حال الحياة حالة الموت لأمرين: **أحدهما**: أن الملك فى الحياة للمفلس، وههنا لغيره، **الثانى**: أن ذمة المفلس خربت ههنا خرابًا لا يعود، واختصاص هذا بالعين يضر بالغرماء كثيرًا بخلاف حال الحياة.

الشرط الثانى: أن لا يكون البائع قبض من ثمنها شيئًا، فإن كان قد قبض بعض ثمنها سقط حق الرجوع، وبهذا قال إسحاق والشافعى فى القديم، وقال فى الجديد: له أن يرجع فى قدر ما بقى من الثمن، لأنه سبب ترجع به لعين كلها إلى العاقد فجاز أن يرجع فى بعضها كالفرقة قبل الدخول فى النكاح، وقال مالك: هو مخير، إن شاء رد ما قبضه فى جميع العين، وإن شاء حاص الغرماء ولم يرجع.

ولنا ما روى أبو هريرة عن النبى ﷺ: «أيما رجل أفلس فوجد رجل عنده ماله ولم

---

(١٤) تقدم برقم (١٧) مسألة (٧٩٥).

به على المفلس فكان له أن يقضى دينه منه كما لو أدى المكاتب إلى سيده نجوم كتابته فقال سيده: هذا حرام وأنكر المكاتب، وإن أراد قسمته على الغرماء لزمهم قبوله أو الإبراء لذلك، فإن قبضوا الثمرة بعينها لزمهم رد ما حصل لهم إلى البائع لأنهم يقرون له بها فلزمهم دفعها إليه، كما لو أقروا بعتق عبد فى ملك غيرهم ثم اشتروه منه.

وإن باع الثمرة وفرق ثمنها فيهم أو دفعه إلى بعضهم لم يلزمهم رد ما أخذوا من ثمنها لأنهم إنما اعترفوا بالعين لا بثمنها، وإن شهد بعض الغرماء دون بعض أو أقر بعضهم دون بعض لزم الشاهد أو المقر الحكم الذى ذكرناه دون غيره، وإن عرض عليهم المفلس الثمرة بعينها فأبوا أخذها لم يلزمهم ذلك لأنه إنما يلزمهم الاستيفاء من جنس ديونهم إلا أن يكون فيهم من له جنس من الثمر أو الزرع كالمقرض أو المسلم فيلزمه أخذ ما عرض عليه إذا كان بصفة حقه، ولو أقر الغرماء بأن المفلس أعتق عبداً له قبل فلسه فأنكر ذلك لم يقبل قولهم إلا أن يشهد منهم عدلان، ويكون حكمهم فى قبض العبد أو أخذ ثمنه إن عرضه عليهم حكم ما لو أقروا بالثمن للبائع، وكذلك إن أقروا بعين مما فى يديه أنها غصب أو عارية أو نحو ذلك فالحكم كما ذكرنا سواء، وإن أقروا بأنه أعتق عبده بعد فلسه انبنى ذلك على صحة عتق المفلس، فإن قلنا: لا يصح عتقه فلا أثر لإقرارهم، وإن قلنا بصحته فهو كإقرارهم بعتقه قبل فلسه، وإن حكم الحاكم بصحته أو فساده نفذ حكمه على كل حال، لأنه فصل مجتهد فيه، فيلزم ما حكم به الحاكم، ولا يجوز نقضه ولا تغييره.

يكن اقتضى من ماله شيئًا فهو له» رواه الإمام أحمد، ورواه أبو بكر بن عبد الرحمن عن أبى هريرة أن النبى ﷺ قال: «أيما رجل باع سلعة فأدرك سلعته بعينها عند رجل قد أفلس ولم يكن قبض من ثمنها شيئًا فهى له وإن كان قبض من ثمنها شيئًا فهو أسوة الغرماء» رواه أبو داود وابن ماجه، ولأن فى الرجوع فى قسط ما بقى تبعيضًا للصفقة على المشترى وإضرارًا به، وليس ذلك للبائع، **فإن قيل:** لا ضرر عليه فى ذلك لأن ما له يباع ولا يبقى له فيزول عنه الضرر، **قلنا:** لا يندفع الضرر بالبيع فإن قيمة الشقص تنقص، ولا يرغب فيها مشقصًا فيتضرر المفلس والغرماء بنقص القيمة، ولأنه سبب يفسد به البيع فلم يجز تشقيصه كالرد بالعيب والخيار، وقياس البيع على البيع أولى من قياسه على النكاح، ولا فرق بين كون المبيع عينًا واحدة أو عينين لما ذكرنا من الحديث والمعنى، **فإن قيل:** حديثكم يرويه أبو بكر بن عبد الرحمن عن النبى ﷺ مرسلاً، ولا حجة فى المراسيل، **قلنا:** قد رواه مالك وموسى بن عقبة عن الزهرى عن أبى بكر بن عبد الرحمن عن أبى هريرة، كذلك ذكره ابن عبد البر وأخرجه أبو داود وابن ماجه والدارقطنى فى سننهم متصلاً فلا يضر إرسال من أرسله على أن حديثنا الأول يكفى فى الدلالة، وهو متصل رواه الإمام أحمد.

فصل: الشرط الثالث: أن تكون السلعة باقية بعينها لم يتلف بعضها، فإن تلف جزء

فصل: وإن صدق المفلس البائع فى الرجوع قبل التأبير وكذبه الغرماء لم يقبل إقراره لأن حقوقهم تعلقت بالثمرة ظاهرًا فلم يقبل إقراره كـما لو أقر بالنخيل، وعلى الغرماء اليمين أنهم لا يعلمون أن البـائع رجع قبل التأبير، ولأن هذه اليـمين لا ينوبون فيهـا عن المفلس بل هى ثابتة فى حقـهم ابتداء بخلاف ما لو ادعى حـقًا وأقام شاهدًا فلم يحلف، لم يـكن للغرماء أن يحلفوا مـعه لأن اليميـن ثم على المفلس فلو حلفوا حلفـوا ليثبتـوا حقًا لغـيرهم ولا يحلف الإنسان ليثبت لغيره حقًا، ولا يجـوز أن يكون نائبًا فيها لأن الأيمـان لا تدخلها النيابة، وفى مسألتنا الأصل أن هذا الطلع قد تعلقت حقوقهم به لكونه فى يد غريمهم ومتصل بنخله والبائع يدعى ما يزيل حقوقهم عنه، فأشبه سائر أعيان ماله، ويحلفون على نفى العلم لأنه يمين على نفى الدين عن الميت، ولو أقر المـفلس بعين من أعيان ماله لأجنبى أو لبعـض غرمائه فأنكره الغرماء فالقول قولهم وعليهم اليمين: أنهم لا يعلمون ذلك، وكذلك لو أقر بغريم آخر يستحق مشـاركتهم فأنكروه، فـعليهم اليمـين أيضًا، ويكون على نفى العلم لذلك، وإن أقـر أنه أعتق عبده انبنى ذلك على صـحة عتق المفلس، فإن قلنا: يصح عتـقه، صح إقراره وعتق لأن من ملك شيئًا ملك الإقـرار به، ولأن الإقرار بالعتق يحصل به العتق فكأنه أعـتقه فى الحال، وإن قلنا لا يصح عـتقه لم يقـبل إقراره، وكـان على الغرماء الـيمين أنهم لا يعلـمون ذلك، وكل موضع قلنا عـلى الغرماء اليـمين فهـو على جمـيعهم، فـإن حلفوا أخذوا، وإن نـكلوا قضى للمدعى بما ادعاه، إلا أن نقول برد اليمين فـترد على المدعى، فيحلف ويستحق، وإن حلف بعضهم دون بعض أخذ الحالف نصيبه، وحكم الناكل ما ذكرناه.

منها، كبعض أطراف العبـد، أو ذهبت عينه، أو تلف بعض الثوب، أو انهدم بعض الدار، أو اشترى شجرًا مـثمرًا لم تظهر ثمرته فتلفت الثمرة أو نحـو هذا، لم يكن للبائع الرجوع، وكان أسوة الغرماء، وبهذا قال إسحـاق، وقال مالك والأوزاعى والشافعى والعنبرى: له الرجوع فى الباقى ويضرب مع الغرماء بحصة التالف، لأنها عين يملك الرجوع فى جميعها فملك الرجوع فى بعضها، كالذى له الخيار وكالأب فيما وهب لوالده.

ولنا قول النبى ﷺ: «من أدرك متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس فهو أحق به» بشرط أن يجده بعـينه وهذا لم يجده بعـينه، ولأنه إذا أدركه بعـينه حصل له بالرجوع فـصل الخصـومة وانقطاع ما بينهما من الـمعاملة بخلاف ما إذا وجد بعضـه، ولا فرق بين أن يرضى بالموجود بجميع الثمن أو يأخذه بقسطه منه، لأنه فات شرط الرجـوع، وإن كان المبيع عينين كعبدين أو ثوبين تلف أحدهما أو نقص، ففى جواز الرجوع فى الباقى منها روايتان: **إحداهما:** لا يرجع، نقلها عنه أبو طالب قال: لا يرجع ببقية العين ويكون أسـوة الغرماء، لأنه لم يجد المبيع بعينه فأشبه ما لو كان عينًا واحدة، ولأن بعض المـبيع تالف فلم يملك الرجوع فيه، كما لو قطعت يد العبـد، ونقل الحسن بـن ثواب عن أحمد: إن كـان ثوبًا واحدًا فـتلف بعضـه فهـو أسوة

فــصل: وإن أقر المفلس أنه أعتق عبده منذ شهر وكـان العبد قد اكتسب بعد ذلك مالاً وأنكر الغرماء، فإن قلنا لا يقبل إقراره حلفوا واستحقوا العبد وكسبه، وإن قلنا: يقبل إقراره لم يقبل فى كسبه، وكان للغرماء أن يحلفوا أنهم لا يعلمون أنه أعتقه قبل الكسب ويأخذون كسبه لأن إقراره إنما قبل فى العتق دون غيره لصحـته منه ولبنائه على التغليب والسراية فلا يقبل فى المال لعدم ذلك فيه، ولأننا نزلنا إقراره منزلة إعتاقـه فى الحال فلا تثبت له الحرية فيما مضى فيكون كسبه محكومًا به لسيده، كما لو أقر بعتقه ثم أقر له بعين فى يده.

فــصل: فإن كان المبيع أرضًا فبناها المشترى أو غرسها ثم أفلس فأراد البائع الرجوع فى الأرض نظرت فإن اتفق المفلس والغـرماء على قلع الغراس والبناء فلهم ذلك، لأن الحق لهم لا يخرج عنهم فـإذا قلعوه فللبائع الرجـوع فى أرضه لأنه وجد متـاعه بعينه، قال أصـحابنا، ويستحق الرجوع قـبل القلع، وهو مذهب الشافعى ويحتمل أن لا يستحـقه حتى يوجد القلع، لأنه قبل القلع لم يدرك متاعه إلا مشغولاً بملك المشترى، فأشبه ما لو كانت مسامير فى باب المشترى، فإن قلنا له الرجوع قبل القلع فقلعوه، لزمهم تسوية الأرض من الحفر وأرش نقص الأرض الحاصل به، لأن ذلك نقـص حصل لتخليص ملك المـفلس فكان عليه كـما لو دخل فصيله دار إنسان وكبر فأراد صاحبه إخـراجه فلم يمكن إلا بهدم بابها، فإن الباب يهدم ليخرج ويضمن صاحبه ما نقص، بخلاف ما إذا وجد البائع عـين ماله ناقصة فرجع فيها فإنه لا يرجع فى النقص، لأن النقص كـان فى ملك المـفلس وهنا حدث بعـد رجوعـه فى العين، فلـهذا

الغرماء، وإن كـان رزمًا فتلف بعضهـا فإنه يأخذ بقيتـها إذا كان بعينه، لأن الســالم من المبيع وجده البائـع بعينه فيدخل فى عـموم الحديث المذكـور، ولأنه مبيع وجده بعـينه فكان للبائع الرجوع فيه، كما لو كان جميع المبيع، فإن باع بعض المبيع أو هبه أو وقفه فهو بمنزلة تلفه، لأن البائع ما أدرك ماله بعينه.

فــصل: فإن تغيرت صفـتها بما يزيل اسمها فطحن الحنطة أو زرعـها أو خبز الدقيق أو عمل الزيت صابونًا أو قطع الثوب قميصًـا، أو نسج الغزل ثوبًا أو نجر الخشبة أبوابًا، أو عمل الشريط إبرًا أو شـيئًا فصل به مـا أزال اسمه سقط حق الرجـوع، وقال الشافعى: فـيه قولان: **أحدهـما:** به أقول، يأخذ عين ماله ويعطى قيمة عـمل المفلس فيها، لأن عين ماله موجودة، وإنما تغير اسمها فأشبه ما لو كان المبيع حملاً فصار كبشًا أو وديًا فصار نخلاً.

ولنا أنه لم يجـد متـاعه فلم يكن لـه الرجوع، كـما لو تلف والأصل الذى قـاسوا عليـه ممنوع، وإن سلم فإنه لم يتغير اسمه بخلاف مسألتنا.

فــصل: فإن كان حبّا فصار زرعًا بالعكس أو نوى فنبت شـجرًا أو بيضًا فصار فرخًا سقط الرجوع، وقال القاضى: لا يسقط، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى المنصوص عليهما، لأن الزرع نفس الحب والفرخ نفس البيضة.

ضمنوه ويضرب بالنقص مع الغرماء، وإن قلنا ليس له الرجوع قبل القلع لم يلزمهم تسوية الحفر ولا أرش النقص، لأنهم فعلوا ذلك فى أرض المفلس قبل رجوع البائع فيها فلم يضمنوا النقص كما لو قلعه المفلس قبل فلسه فأما إن امتنع المفلس والغرماء من القلع فلهم ذلك ولا يجبرون عليه، لأنه غرس بحق، ومفهوم قوله ﷺ: «ليس لعِرْقٍ ظَالمٍ حَقٌّ»(١٥) أنه إذا لم يكن ظالمًا فله حق، فإن بذل البائع قيمة الغراس والبناء ليكون له الكل، أو قال أنا أقلع وأضمن ما نقص، فإن قلنا له الرجوع قبل القلع فله ذلك، لأن البناء والغراس حصل فى ملكه لغيره بحق، فكان له أخذه بقيمته أو قلعه وضمان نقصه، كالشفيع إذا أخذ الأرض وفيها غراس وبناء للمشترى، والمعير إذا رجع فى أرضه بعد غرس المستعير.

وإن قلنا: ليس له الرجوع قبل القلع لم يكن له ذلك لأن بناء المفلس وغرسه فى ملكه فلم يجبر على بيعه لهذا البائع ولا على قلعه كما لو لم يرجع فى الأرض، فأما إن امتنع البائع من بذل ذلك سقط حق الرجوع، وهذا قول ابن حامد وأحد الوجهين لأصحاب الشافعى، وقال القاضى يحتمل أن له الرجوع، وهو القول الثانى للشافعى: لأنه أدرك متاعه بعينه، وفيه مال المشترى على وجه التبع فلم يمنعه ذلك الرجوع كالثوب إذا صبغه المشترى.

ولنا: أنه لم يدرك متاعه على وجه يمكنه أخذه منفردًا عن غيره فلم يكن له أخذه كالحجر فى البناء والمسامير فى الباب، ولأن فى ذلك ضررًا على المشترى والغرماء ولا يزال الضرر بالضرر، ولأنه لا يحصل بالرجوع هـهنا انقطاع النزاع والخصومة، بخلاف ما إذا وجدها غير

ولنا أنه لم يجد عين ماله فلم يرجع كما لو أتلفه متلف فأخذ قيمته، ولأن الحب أعيان ابتدأها الله تعالى لم تكن موجودة عند البيع، وكذلك أعيان الزرع والفرخ، ولو استأجر أرضًا واشترى بذرًا وماءً فزرع وسقى واستحصد وأفلس فالمؤجر وبائع البذر والماء غرماء لا حق لهم فى الرجوع، لأنهم لم يجدوا أعيان أموالهم، وعلى قول من قال: له الرجوع فى الزرع تكون عليه غرامة الأجرة وثمن الماء أو قيمة ذلك.

12- مسألة: (ولم يتعلق بها حق من شفعة أو جناية أو رهن).

وهذا هو الشرط الرابع، وهو أن لا يتعلق بها حق الغير، فإن رهنها المفلس أو وهبها لم يملك البائع الرجوع، كما لو باعها أو أعتقها، لأن الرجوع إضرار بالمرتهن ولا يزال الضرر بالضرر، ولأن النبى ﷺ قال: «من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به» وهذا لم يجده عند المفلس ولا نعلم فى هذا خلافًا، فإن كان دين المرتهن دون قيمة الرهن بيع كله فقضى منه دين المرتهن، والباقى يرد على مال المفلس يشترك فيه الغرماء، وإن بيع بعضه،

---

(١٥) أخرجه البخارى معلقًا فى الباب (٥/ ص٢٣) من حديث عمرو بن عوف، وله شاهد قوى، وأبو داود (٣/ ح ٣٠٧٣) من حديث سعيد بن زيد، وإسناده صحيح، والترمذى (٣/ ح١٣٧٨) ومالك فى الموطأ (٢/ ٧٤٣) من طريق عودة عن أبيه مرسلاً، والحديث بالجملة صحيح إن شاء الله تعالى.

مشغولة بشيء، وأما الثوب إذا صبغه فلا نسلم أن له الرجوع فهو كمسألتنا، وإن سلمنا فالفرق بينهما من وجهين: أحدهما: أن الصبغ تفرق فى الثوب فصار كالصفة فيه بخلاف البناء والغرس فإنه أعيان متميزة وأصل فى نفسه، والثانى: أن الثوب لا يراد للبقاء بخلاف الأرض، فإذا قلنا لا يرجع فلا كلام، وإن قلنا: يرجع فرجع واتفق الجميع على بيعهما، بيعا لهما وأخذ كل واحد بقدر حقه، وإن امتنع أحدهما من البيع احتمل أن يجبر عليه، كما لو كان المبيع ثوبًا فصبغه المشترى، فإن الثوب يباع لهما كذا ههنا، ويحتمل أن لا يجبر، لأنه أمكن طالب البيع أن يبيع ملكه مفردًا بخلاف الثوب المصبوغ، فإن بيعا لهما قسما الثمن على قدر القيمتين فتقوم الأرض غير ذات شجر ولا بناء ثم تقوم وهما فيها فما كان قيمة الأرض بغير غراس ولا بناء فللبائع قسطه من الثمن وما زاد فهو للمفلس والغرماء، وإن قلنا لا يجبر الممتنع على البيع أو لم يطلب أحدهما البيع فاتفقا على كيفية كونهما بينهما جاز ما اتفقا عليه وإن اختلفا كانت الأرض للبائع والغراس والبناء للمفلس والغرماء، ولهم دخول الأرض لسقى الشجر وأخذ الثمرة، وليس لهم دخولها للتفرج ولغير حاجة، وللبائع دخولها للزرع ولما شاء، لأن الأرض له وملكه، وإن باعوا الشجر والبناء لإنسان فحكمه فى ذلك حكمهم ولو بذل المفلس والغرماء أو المشترى منهم قيمة الأرض للبائع ليدفعها لهم لم يلزمه، لأن الأرض أصل فلا يجبر على بيعها بخلاف ما فيها من الغرس والبناء.

فصل: **إذا اشترى غراسًا فغرسه فى أرضه ثم أفلس ولم يزد الغراس فله الرجوع فيه،**

فباقيه لهم يباع أيضًا ولا يرجع به البائع، وقال القاضى: له الرجوع، وهو مذهب الشافعى، لأنه عين ماله وهذا مثل تلف بعض المبيع، وقد ذكرناه وما ذكره القاضى لا يخرج على المذهب، لأن تلف بعض المبيع يمنع الرجوع فكذلك ذهاب بعضه بالبيع، ولو رهن بعض العبد لم يكن للبائع الرجوع فى باقيه لما ذكرنا، فإن كان المبيع عينين فرهن إحداهما، فهل يملك البائع الرجوع فى الأخرى؟ على وجهين بناء على الروايتين فيما إذا تلفت إحدى العينين، فإن فك الرهن قبل فلس المشترى أو أبرأه من دينه فللبائع الرجوع، لأنه أدرك عين ماله عند المشترى، وإن أفلس وهو رهن فأبرأ المرتهن المشترى من دينه أو قضى الدين عن غيره، فللبائع الرجوع أيضًا لذلك.

فصل: **فإن كان المبيع شقصًا مشفوعًا، ففيه أوجه ثلاثة:** أحدها: البائع أحق به، هذا قول ابن حامد للخبر، ولأنه إذا رجع فيه عاد الشقص إليه فيزول الضرر عن الشفيع، لأنه عاد كما كان قبل البيع، والثانى: أن الشفيع أحق، وهو الذى ذكره شيخنا ههنا وحكاه أبو الخطاب، لأن حقه أسبق فكان أولى، لأن حق البائع ثبت بالحجر وحق الشفيع ثبت بالبيع، ولأن حقه آكد، لأنه يستحق انتزاع الشقص من المشترى وممن نقله إليه، وحق البائع إنما يتعلق بالعين ما دامت فى يد المشترى، ولا يزول الضرر عنه برده إلى البائع بدليل ما لو باعه المشترى من

لأنه أدرك متاعه بعينه، إذا أخذه فعليـه تسوية الأرض وأرش نقصها الحاصل بقلعه، لأنه نقص حصل لتخليص ملكه من ملك غيره.

وإن بذل المفلس والغرمـاء له قيمته ليـملكوه بذلك لم يجبر على قبولهـا، لأنه إذا اختار أخذ ماله وتفريغ ملكهم وإزالة ضرره عنهم لم يكن لهم منعـه كالمشترى إذا غرس فى الأرض المشفوعة، وإن امتنع من القلع فبذلوه له القيمة ليملكه المفلس أو أرادوا قلعه وضمان النقص فلهم ذلك، وكذلك إذا أرادوا قلعه من غير ضمان النقص، لأن المفلس إنما ابتاعه مقلوعًا فلم يجب عليه إبقاؤه فى أرضـه، وقيل: ليس لهم قلعه من غير ضـمان النقص، لأنه غرس بحق فأشبه غرس المـفلس فى الأرض التى ابتاعها إذا رجع بائعها فيهـا، والفرق بينهما ظاهر، فإن إبقاء الغـراس فى هذه الصورة حق عليـه فلم يجب عليه بفـعله وفى التى قبلهـا إبقاؤه حق له فوجب له بغـراسه في ملكه، فإن اخـتار بعضهم الـقلع وبعضهم التـبقية قـدم قول من طلب القلع، سواء كان المفلس أو الغرماء أو بعض الغـرماء، لأن الإبقاء ضرر غير واجب فلم يلزم الممتنع منه الإجابة إليه، وإن زاد الغراس فى الأرض فهى زيادة متصلة تمنع الرجوع على قول الخرقى، ولا تمنعه على رواية الميمونى.

فــــصل: وإن اشترى أرضًـا من رجل وغراسًا من آخـر فـغرسه فيـها ثم أفلس ولم يزد الشجر فلكل واحد منهما الرجوع فى عين ماله، ولصاحب الأرض قلع الغراس من غير ضمان نقصه بالقلع على ما ذكرنا، لأن البائع إنما باعه مقلوعًا فلا يستحقه إلا كذلك، وإن أراد بائعه

بائعه أو وهبه إياه أو أقاله، فإنه لا يسقط حق الشفيع، **الوجه الثالث:** أن الشفيع إن كان طالب بالشفعة فهو أحق لتأكد حقـه بالمطالبة، وإن لم يكن طالب فالبائع أولى، ولأصحاب الشافعى وجهـان كالأولين، وهم وجه ثالث أن الثـمن يؤخذ من الشـفيع فيـخص به البائع جمـعًا بين الحقين، فإن غرض الشفيع فى عين الشقص الـمشفوع، وغرض البائع فى ثمنه فيحصل ذلك بما ذكرنا، وليس هذا جيدًا، لأن حق البائع إنمـا يثبت فى العين، فإذا صار الأمر إلى وجوب الثمن تعلق بذمته فساوى الغرماء فيه.

فـصل: فإن كان المبيع عبدًا فأفلس المشتـرى بعد تعلق أرش الجناية برقبته ففيه وجهان: **أحدهما:** ليس للبائع الرجوع، لأن تعلق الرهن به يمنع الرجوع، وأرش الجناية يقدم على حق المرتهن فأولى أن يمنع، وهذا ذكره أبو الخطاب، **والثانى:** لا يمنع الرجوع، لأنه حق لا يمنع تصرف المـشترى فيـه بخلاف الرهن، فإن قلنا: لا يرجع فحـكمه حكم الرهن، وإن قلنا: له الرجوع، فهو مخير إن شاء رجع فيـه ناقصًا بأرش الجناية، وإن شاء ضرب بثمنه مع الغرماء، وإن أبرأ الغريم من الجناية فللبائع الرجوع، لأنه وجد متاعه بعينه خاليًا من تعلق حق غيره به.

فـصل: فإن أفلس بعد خروج المبيع من ملكه ببيع أو عتق أو وقف أو غير ذلك لم يكن للبـائع الرجـوع، لأنه لم يدرك متاعه بعينه عند المفلس سواء كـان المشترى يمكنه استرجاع

قلعه من الأرض فقلعه فعليه تسوية الحفر وضمان نقصها الحاصل به لما تقدم، وإن بذل صاحب الغراس قيمة الأرض لصاحبها لتملكه لم يجبر على ذلك، لأن الأرض أصل فلا يجبر على بيعها تبعًا، وإن بذل صاحب الأرض قيمة للغراس ليملكه إذا امتنع من القلع، فله ذلك لأن غرسه حصل فى ملك غيره بحق، فأشبه غرس المفلس فى أرض البائع، ويحتمل أن لا يملك ذلك، لأنه لا يجبر على إبقائه إذا امتنع من دفع قيمته، أو أرش نقصه، فلا يكون له أن يتملكه بالقيمة، بخلاف التى قبلها، والأولى أولى، وهذ ينتقض بغرس الغاصب.

فصل: الشرط الثالث: أن لا يكون البائع قبض من ثمنها شيئًا، فإن كان قد قبض بعض ثمنها سقط حق الرجوع، وبهذا قال إسحاق والشافعى فى القديم، وقال فى الجديد: له أن يرجع فى قدر ما بقى من الثمن، لأنه سبب ترجع به العين كلها إلى العاقد، فجاز أن يرجع به بعضها كالفرقة قبل الدخول فى النكاح، وقال مالك: هو مخير، إن شاء رد ما قبضه ورجع فى جميع العين، وإن شاء حَاصَّ الغرماء، ولم يرجع.

ولنا: ما روى أبو بكر بن عبد الرحمن عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «أيما رجل باع سلعة، فأدرك سلعته بعينها عند رجل قد أفلس ولم يكن قد قبض من ثمنها شيئًا، فهى له، وإن كان قد قبض من ثمنها شيئًا، فهو أسوة الغرماء»(١٦) رواه أبو داود وابن ماجه والدارقطنى، ولأن فى الرجوع فى قسط ما بقى تبعيضًا للصفقة على المشترى وإضرارًا به، وليس ذلك للبائع، فإن قيل: لا ضرر عليه فى ذلك، لأن ماله يباع، ولا يبقى له فيزول عنه

المبيع بخيار له أو عيب فى ثمنه أو رجوعه فى هبة ولده أو غير ذلك لما ذكرنا، فإن أفلس بعد رجوع ذلك إلى ملكه ففيه أوجه ثلاثة: أحدها: له الرجوع للخبر، ولأنه أدرك عين ماله خاليًا عن حق غيره أشبه ما لو لم يبعه، الثانى: لا يرجع، لأن هذا الملك لم ينتقل إليه منه فلم يملك فسخه، ذكر أصحابنا الوجهين، ولأصحاب الشافعى مثل ذلك، والثالث: أنه إن عاد إليه بسبب جديد كبيع أو هبة أو إرث أو وصية لم يكن للبائع الرجوع، لأنه لم يصل إليه من جهته، وإن عاد إليه بفسخ كالإقالة والرد بعيب أو خيار ونحوه فللبائع الرجوع، لأن هذا الملك استند إلى السبب الأول، فإن فسخ العقد الثانى لا يقتضى ثبوت الملك، وإنما زال السبب المزيل لملك البائع، فثبت الملك بالسبب الأول، فملك استرجاع ما ثبت الملك فيه ببيعه.

13- **مسألة:** (ولم تزد زيادة متصلة كالسمن وتعلم صنعة).

وهذا هو الشرط الخامس، وهو أن لا يكون المبيع زاد زيادة متصلة كالسمن والكبر وتعلم الكتابة أو القرآن ونحو ذلك فيمنع الرجوع، وهذا اختيار الخرقى، وروى الميمونى عن أحمد

---

(١٦) أخرجه أبو داود (٣/ ح ٣٥٢٢) وابن ماجه (٢/ ح ٢٣٥٩) والدارقطنى (٣/ ٣٠) وقال إسماعيل بن عياش مضطرب الحديث، ولا يثبت هذا عن الزهرى مسندًا، وإنما هو مرسل. الإرواء (١٤٤٢).

الضـرر، قـلنـا: لا يندفع الضرر بالبيع، فإن قيمته تنقص بالتـشقيص ولا يرغب فيه مشقصًا فيتضـرر المفلس والغرماء بنقص القيمـة، ولأنه سبب يفسخ به البيع فلم يجز تشقـيصه كالرد بالعيب والخيار، وقياس البيع على البيع أولى من قياسه على النكاح، ولا فرق بين كون المبيع عينًا واحدة أو عينين لما ذكرنا من الحديث والمعنى، فإن قيل: حديثكم يرويه أبو بكر بن عبد الرحمن عن النبى ﷺ مرسلاً، ولا حـجة فى المراسيل، قلـنا: قد رواه مـالك وموسى بن عقـبة عن الزهرى عن أبى بكر بن عـبد الرحمن عن أبى هريرة، كـذلك ذكره ابن عبـد البر، وأخرجه أبو داود وابن مـاجه والدارقطنى فى سننهم متصلاً، فلا يضـر إرسال من أرسله، فإن راوى المسند معه زيادة لا يعارضها ترك مرسل الحديث لها، وعلى أن المرسل حجة فلا يضر إرساله.

فـصـل: الشرط الرابع: أن لا يكون تَعَلَّقَ بها حق الغير، فإن رهنها المشترى ثم أفلس أو وهبها، لم يملك البائع الرجوع، كما لو باعها أو أعتقها، ولأن فى الرجوع إضرارًا بالمرتهن، ولا يزال الضرر بالضرر ولأن النبى ﷺ قال: «من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق بـه»(١٧) وهذا لم يجده عند المفلس، ولا نعلم فى هذا خلافًـا، فإن كان دين المرتهن دون قيمة الرهن، بيع كله فقضى منه دين المرتهن والباقى يرد على سائر مال المفلس ويشترك الغرماء فيه، وإن بيع بعضه فباقـيه بينهم يباع لهم أيضًا، ولا يرجع به البائع، قال القاضى: له الرجوع به، وهو مذهب الشافعى لأنه عين ماله لم يتعلق به حق غيره.

ولنا: أنه لم يجد متاعه بعينه فلم يكن له أخذه، كما لو كان الدين مستغرقًا له، وما ذكره

أنها لا تمنع وهو مـذهب مالك والشافعى، لأن مـالكًا يخير الغرمـاء بين أن يعطوه السلعة أو ثمنها الذى باعـها به، واحتجـوا بالخبر، وبأنه فسخ لا تمنع منه الـزيادة المنفصلة، فلم تمنع المتصلة كـالرد بالعيب، وفارق الطلاق فإنه ليس بفسخ، ولأن الزوج يمكنه الرجـوع فى قيمة العين فيصل إلى حقه تامّا وهـهنا لا يمكنه الرجوع فى الثمن.

ولنا: أنه فـسخ بسبب حادث فلـم يملك به الرجوع فى عـين المال الزائدة زيادة مـتصلة كفسخ الـنكاح بالإعسار أو الرضاع، ولأنهـا زيادة فى ملك المفلس فلم يستحق البـائع أخذها كالمنفصلة وكالحاصل بفعله، ولأن النماء لم يصل إليـه من البائع فلم يستحق أخذه منه كغيره من أمواله، وفارق الرد بالعـيب لوجهين: أحـدهمـا: أن الفسخ فيه من المـشترى فهو راض بإسقاط حقه من الزيادة وتركهـا للبائع بخلاف مسألتنا، الثـانى: أن الفسخ لمعنى قـارن العقد وهو العيب القديم، والفسخ هـهنا حادث فهو أشـبه بفسخ النكاح الذى لا يستحق به استرجاع العين الزائدة، وقولهم: إن الـزوج إنما لم يرجع فى العين لكونه يندفع عنه الضرر بالقـيمة لا يصح، فـإن اندفاع الضرر عنـه بطريق آخر لا يمنعـه من أخذ حـقه من العين، ولأنـه لو كان

---

(١٧) تقدم برقم ٨ مسألة رقم (٨٠٠).

القاضى لا يخرج على المذهب، لأن تلف بعض المبيع يمنع الرجوع، فكذلك ذهاب بعضه بالبيع، ولو رهن بعض العبد لم يكن للبائع الرجوع فى باقيه لما ذكرنا، وإن كان المبيع عينين فرهن إحداهما، فهل يملك البائع الرجوع فى الأخرى؟ على وجهين بناء على الروايتين فيما إذا تلفت إحدى العينين، وإن فك الرهن قبل فلس المشترى أو أبرأ من دينه، فللبائع الرجوع لأنه أدرك متاعه بعينه عند المشترى، وإن أفلس وهو رهن فأبرأ المرتهن المشترى من دينه أو قضى الدين من غيره فللبائع الرجوع أيضًا كذلك.

فصل: وإن كان عبدًا فأفلس المشترى بعد تعلق أرش الجناية برقبته ففيه وجهان: أحدهما: ليس للبائع الرجوع، لأن تعلق الرهن به يمنع الرجوع، وأرش الجناية يقدم على حق المرتهن، فأولى أن لا يرجع، ذكره أبو الخطاب، **والثانى:** لا يمنع الرجوع فيه، لأنه حق لا يمنع تصرف المشترى فيه، فلم يمنع الرجوع كالدين فى ذمته، وفارق الرهن، فإنه يمنع تصرف المشترى فيه، فإن قلنا: لا يرجع فحكمه حكم الرهن، وإن قلنا: له الرجوع فهو مخير إن شاء رجع فيه ناقصًا بأرش الجناية، وإن شاء ضرب بثمنه مع الغرماء، وإن أبرأ الغريم من الجناية فللبائع الرجوع فيه، لأنه وجد متاعه بعينه خاليًا من تعلق حق غيره به.

فصل: وإن أفلس بعد خروج المبيع من ملكه ببيع، أو هبة أو وقف أو عتق أو غير ذلك لم يكن للبائع الرجوع، لأنه لم يدرك متاعه بعينه عند المفلس سواء كان المشترى يمكنه استرجاعه بخيار له أو عيب فى ثمنه، أو رجوعه فى هبة ولده أو غير ذلك لما ذكرنا، وخروج

مستحقًا للزيادة لم يسقط حقه منها بالقدرة على أخذ القيمة كمشترى المعيب، ثم كان ينبغى أن يأخذ قيمة العين زائدة لكون الزيادة مستحقة له، فلما لم يكن كذلك علم أن المانع من الرجوع كون الزيادة للمرأة، ولأنه لا يمكن فصلها فكذلك ههنا بل أولى، فإن الزيادة ههنا يتعلق بها حق المفلس والغرماء، فمنع البائع من أخذ زيادة ليست له أولى من تفويتها على الغرماء الذين لم يصلوا إلى تمام حقوقهم، والمفلس المحتاج إلى تبرئة ذمته عند اشتداد حاجته، وأما الخبر فمحمول على من وجد متاعه على صفته ليس بزائد ولم يتعلق به حق آخر، وههنا قد تعلق به حقوق الغرماء لما فيه من الزيادة لما ذكرنا من الدليل، يحققه أنه إذا كان تلف بعض المبيع مانعًا له من الرجوع من غير ضرر يلحق بالمفلس ولا الغرماء، فلأن تمنع الزيادة فيه مع تفويتها بالرجوع عليهم أولى، ولأنه إذا رجع فى الناقص فما رجع إلا فيما باعه وخرج منه، فإذا رجع فى الزائد أخذ ما لم يبعه واسترجع ما لم يخرج عنه فكان بالمنع أحق.

14- **مسألة: (فأما الزيادة المنفصلة والنقص بهزال أو نسيان صنعة فلا يمنع الرجوع والزيادة للمفلس، وعنه للبائع).**

وجملة ذلك أن الزيادة المنفصلة كالولد والثمرة والكسب لا تمنع الرجوع بغير خلاف بين

بعضـه كخروج جـميعـه لما تقدم، فـإن أفلس بعد رجوع ذلك إلـى ملكه ففيـه ثلاثة أوجه: **أحـــدها:** له الرجوع للخبر، ولأنه وجد عين ماله خاليًـا عن حق غيره، أشبه ما لو لم يبعه، **والثـــانى:** لا يرجع، لأن هذا الملك لم ينتقل إليـه منه فلم يملك فسخه ذكـر أصحابنا هذين الوجهين، ولأصحاب الشافعى مثل ذلك، **والثالث:** إن عاد إليه بسبب جديد، كبيع أو هبة أو إرث أو وصية أو نحو ذلك لم يكن للبائع الرجوع، لأنه لم يصـر إليه من جهته، وإن عاد إليه بفسخ كـالإقالة والرد بعيـب أو خيار ونحـو ذلك، فللبائع الرجوع لأن هذا المـلك استند إلى السبب الأول، فإن فسخ العقد الثانى لا يقـتضى ثبوت الملك وإنما أزال السبب المزيل لملك البائع فثبت الملك بالسبب الأول، فملك استرجاع ما ثبت الملك فيه ببيعه.

فصل: وإن كان المبيع شقصًا مشفوعًا ففيه ثلاثة أوجه: **أحدها:** البائع أحق به، هذا قول ابن حامد للخبر، ولأنـه إذا رجع فيه عاد الشقص إليه فزال الضرر عن الشـفيع، لأنه عاد كما كان قبل البيع، ولم تتجـدد شركة غيره، **والثـانى:** أن الشفـيع أحق، ذكره أبو الخطاب، لأن حقه أسبق فكان أولى، بيانه: أن حق البائع ثبت بالحـجر وحق الشفيع ثبت بالبيع، ولأن حقه

أصحـابنا، وهو قول مـالك والشافـعى، وسواء نقص بهـا المبيع أو لم ينقـص إذا كان نقص صفة، والزيادة للمفلس، وهذا ظاهر كلام الخرقى، لأنه منع الرجوع بالزيادة المتصلة، لكونها للمـفلس، فالمنفـصلة أولى، وهو قـول ابن حامـد والقاضى، وهو مـذهب الشافـعى، وهو الصحيح، إن شـاء الله تعالى، وقال أبو بكر: الزيادة للبائع، وهو مـذهب مالك، ونقل حنبل عن أحمد فى ولد الجارية ونتاج الدابة، هو للبائع، لأنها زيادة، فكانت للبائع كالمتصلة.

ولنا: أنها زيادة فى ملك المـشترى فكانت له كـما لو رده بعيب، ولأنه فسخ اسـتحق به اسـترجاع العين فلم يسـتحق الزيادة المنفصلة كـفسخ البيع بالعـيب أو الخيار والإقـالة وفسخ النكاح، بسبب من أسـباب الفسخ، ولأن قـول النبى ﷺ «الخراج بالضـمان» يدل على أن النماء والغلة للمشترى لكون الضمان عليه، وقـياسهم على الزيادة المتصلة الأصل فيه ممنوع، ثم لو سلم ثم، فالفرق ظاهر، فإن المتصلة تتـبع فى الفسوخ والرد بالعيب بخلاف المنفصلة، قال شـيخنا: ولا ينبغى أن يقع فى هذا خلاف لـظهوره، وكلام أحمـد فى رواية حنبل يحمل على أنه باعهما فى حال حملهما فيكونان بسببين، ولهذا خص هذين بالذكر دون بقية النماء.

فصل: فإن نقصت مالية المبيع لذهاب صفة مع بقاء عينه، كعبد هزل أو نسى صناعة أو كتابة أو كبر أو تغير عقله أو كان ثوبًا فـخلق لم يمنع الرجوع، لأن فقد الصفة لا يخرجه عن كونه عين مـاله، لكنه يخير بين أخـذه ناقصًا بجميـع حقه وبين أن يضرب مع الغـرماء بكمال ثمنه، لأن الثمن لا يتقسط على صفة السلعة من سمن أو هزال أو علم أو نحوه فيصير كنقصه لتغير الأسـعار، ولو كان المبيع أمة ثيبًا فـوطئها المشترى، ولم تحمل، فله الرجوع فـيها لما

آكد لأنه يستحق انتزاع الشقص من المشترى، وممن نقله إليه، وحق البائع إنما يتعلق بالعين، ما دامت فى يد المشترى، ولا يزول الضرر عنه برده إلى البائع، بدليل ما لو باعه المشترى لبائعه أو وهبه إياه أو أقاله لم يسقط حق الشفيع، ولأن البائع إنما يستحق الرجوع فى عين لم يتعلق بها حق الغير، وهذه قد تعلق بها حق الشفيع.

الوجه الثالث: أن الشفيع إن كان طالب بالشفعة، فهو أحق لأن حقه تأكد هنا بالمطالبة، وإن كان لم يطالب بها فالبائع أولى، ولأصحاب الشافعى وجهان كالأولين، ولهم وجه ثالث: أن الثمن يؤخذ من الشفيع فيختص به البائع جمعًا بين الحقين، فإن غرض الشفيع فى عين الشقص المشفوع، وغرض البائع فى ثمنه فيحصل ذلك بما ذكرنا وليس هذا جيدًا، لأن حق البائع إنما ثبت فى العين، فإذا صار الأمر إلى وجوب الثمن تعلق بذمته فساوى الغرماء فيه.

فصل: وإن كان المبيع صيدًا فأفلس المشترى والبائع محرم لم يرجع فيه، لأنه تملك الصيد فلم يجز مع الإحرام كشراء الصيد، وإن كان البائع حلالاً فى الحرم والصيد فى الحل فأفلس المشترى فللبائع الرجوع فيه، لأن الحرم إنما يحرم الصيد الذى فيه، وهذا ليس من صيده فلا يحرم، ولو أفلس المحرم وفى ملكه صيد بائعه حلال، فله أخذه لأن المانع غير موجود فى حقه.

فصل: وإذا أفلس وفى يده عين مال دين بائعها مؤجل، وقلنا: لا يحل الدين بالفلس فقال أحمد فى رواية الحسن بن ثواب: يكون ماله موقوفًا إلى أن يحل دينه فيختار البائع

ذكرنا فإنها لم تنقص فى ذات ولا صفات، وإن كانت بكرًا فقال القاضى: له الرجوع، لأنه فقد صفة فإنه لم يذهب منها جزء، وإنما هو كالجراح، وقال أبو بكر: ليس له الرجوع، لأنه أذهب منها جزءًا فأشبه ما لو فقأ عينها، وإن وجد الوطء من غير المفلس فهو كوطء المفلس فيما ذكرنا.

فصل: وإن جرح العبد أو شج فعلى قول أبى بكر: لا يرجع، لأنه ذهب جزء ينقص به الثمن أشبه ما لو فقئت عين العبد، ولأنه ذهب من العين جزء له بدل فمنع الرجوع كما لو قطعت يد العبد، ولأنه لو كان نقص صفة مجردة لم يكن مع الرجوع فيها شىء سواه كما ذكرنا فى هزال العبد ونسيان الصنعة، وههنا بخلافه، ولأن الرجوع فى المحل المنصوص عليه يقطع النزاع ويزيل المعاملة بينهما، فلا يثبت فى محل لا يثبت به هذا المقصود، وقال القاضى: قياس المذهب أن له الرجوع، لأنه فقد صفة، فأشبه نسيان الصنعة واستخلاق الثوب، فإذا رجع نظرنا فى الجرح، فإن كان مما لا أرش له كالحاصل بفعل الله تعالى أو فعل بهيمة أو جناية المفلس أو جناية عبده أو جناية العبد على نفسه، فليس له مع الرجوع أرش، وإن كان الجرح موجبًا لأرش كجناية الأجنبى، فللبائع إذا رجع أن يضرب مع الغرماء بحصة ما نقص من الثمن فينظر كم نقص من قيمته فيرجع بقسط ذلك من الثمن، لأنه مضمون على

الفسخ أو الترك، وهذا قول بعض أصحاب الشافعى، والمنصوص عن الشافعى، أنه يباع فى الديون الحالة، ويتخرج لنا مثل ذلك لأنها حقوق حالة فقدمت على الدين المؤجل كدين من لم يجد عين ماله وللأول الخبر، ولأن حق هذا البائع تعلق بالعين فقدم على غيره وإن كان مؤجلاً كالمرتهن والمجنى عليه.

فصل: قال أحمد فى رجل ابتاع طعامًا نسيئة ونظر إليه وقلبه وقال: اقبضه غدًا فمات البائع وعليه دين فالطعام للمشترى ويتبعه الغرماء فى الثمن، وإن كان رخيصًا وكذلك قال الثورى وإسحاق، لأن الملك ثبت للمشترى فيه بالشراء وزال ملك البائع عنه فلم يشاركه غرماء البائع فيه كما لو قبضه.

الشرط الخامس: أن يكون المفلس حيًا، ويأتى شرح ذلك فى آخر الباب إن شاء الله تعالى.

فصل: ورجوع البائع فى المبيع فسخ للبيع لا يحتاج إلى معرفة المبيع ولا القدرة على تسليمه ولا اشتباه المبيع بغيره، فلو رجع فى المبيع الغائب بعد مضى مدة يتغير فيها ثم وجده على حاله لم يتلف شىء منه صح رجوعه، وإن رجع فى العبد بعد إباقه أو الجمل بعد شروده أو الفرس العاثر صح وصار ذلك له، فإن قدر عليه أخذه وإن ذهب كان من ماله، وإن تبين أنه كان تالفًا حين استرجاعه لم يصح استرجاعه، وكان له أن يضرب مع الغرماء فى الموجود من

المشترى للبائع بالثمن **فإن قيل:** فهلا جعلتم له الأرش الذى وجب على الأجنبى، لأنه لو لم يجب به أرش لم يرجع بشىء فلا يجوز أن يرجع بأكثر من الأرش؟ **قلنا:** لما أتلفه الأجنبى صار مضمونًا بإتلافه للمفلس كان الأرش له وهو مضمون على المفلس للبائع بالثمن، فلا يجوز أن يضمنه بالأرش، وإذا لم يتلفه أجنبى لم يكن مضمونًا، فلا يجب بفواته شىء، **فإن قيل:** فهلا كان هذا الأرش للمشترى ككسبه لا يضمنه للبائع؟ **قلنا:** الكسب بدل منافعه، ومنافعه مملوكة للمشترى بغير عرض، وهذا بدل جزء من العين، والعين جميع مضمونة بالعوض، فلهذا ضمن ذلك للمشترى.

فصل: فإن اشترى زيتًا فخلطه بزيت آخر أو قمحًا فخلطه بما لا يمكن تمييزه منه سقط حق الرجوع، وقال مالك: يأخذ أرشه، وقال الشافعى: إن خلطه بمثله أو دونه لم يسقط الرجوع، وله أن يأخذ متاعه بالكيل والوزن، وإن خلطه بأجود منه، ففيه قولان: **أحدهما:** يسقط حقه، قال الشافعى: وبه أقول، واحتجوا بأن عين ماله موجودة من طريق الحكم فكان له الرجوع كما لو كانت منفردة، ولأنه ليس له أكثر من اختلاط ماله بغيره، فلم يمنع الرجوع كما لو اشترى ثوبًا فصبغه أو سويقًا فَلَتَّهُ.

ولنا: أنه لم يجد عين ماله فلم يكن له الرجوع كما لو تلفت، ولأن ما يأخذه عوضًا عن

ماله، وإن رجع فى المبيع واشتبه بغيره فقال البائع: هذا هو المبيع، وقال المفلس: بل هذا فالقول قول المفلس، لأنه منكر لاستحقاق ما ادعاه البائع والأصل معه.

٨٠٢- مسألة: قال: **(ومن وجب له حق بشاهد فلم يحلف لم يكن للغرماء أن يحلفوا معه ويستحقوا)**.

وجملة ذلك: أن المفلس فى الدعوى كغيره فإذا ادعى حقًا له به شاهد عدل وحلف مع شاهده ثبت المال وتعلقت به حقوق الغرماء.

وإن امتنع لم يجبر لأننا لا نعلم صدق الشاهد، ولو ثبت الحق بشهادته لم يحتج إلى يمين معه فلا يجبر على الحلف على ما لا يعلم صدقه كغيره، فإن قال الغرماء نحن نحلف مع الشاهد لم يكن لهم ذلك، وبهذا قال الشافعى فى الجديد، وقال فى القديم يحلفون معه لأن حقوقهم تعلقت بالمال فكان لهم أن يحلفوا كالورثة يحلفون على مال موروثهم.

ولنا: أنهم يثبتون ملكًا لغيرهم لتعلق حقوقهم به بعد ثبوته فلم يجز لهم ذلك كالمرأة تحلف لإثبات ملك لزوجها لتعلق نفقتها به وكالورثة قبل موت موروثهم، وفارق ما بعد الموت فإن المال انتقل إليهم وهم يثبتون بأيمانهم ملكًا لأنفسهم.

٨٠٣- مسألة: قال: **(وإذا كان على المفلس دين مؤجل لم يحل بالتفليس وكذلك فى الدين الذى على الميت إذا وثق الورثة)**.

وجملته: أن الدين المؤجل لا يحل بفلس من هو عليه رواية واحدة، قاله القاضى، وذكر أبو الخطاب فيه رواية أخرى: أنه يحل وبه قال مالك وعن الشافعى، كالمذهبين واحتجوا بأن الإفلاس يتعلق به الدين بالمال فأسقط الأجل كالموت.

ماله، فلم يختص به دون الغرماء كما لو تلف ماله، وقول النبى ﷺ: «من أدرك متاعه بعينه» أى من قدر عليه وتمكن من أخذه من المفلس بدليل ما لو وجده بعد زوال ملك المفلس عنه، أو كان مسامير قد سمر بها بابًا أو حجرًا قد بنى عليه، أو خشبًا فى سقفه أو أمة استولدها وهذا إذا أخذ مثله أو قيمته إنما يأخذ عوض ماله، فهو كالثمن والقيمة، وفارق المصبوغ فإن عينه يمكنه أخذها، والسويق كذلك فاختلفا.

15- مسألة: **(وإن صبغ الثوب أو قصره لم يمنع الرجوع والزيادة للمفلس)**.

إذا صبغ المفلس الثوب أو لت السويق بزيت، فقال أصحابنا: لبائع الثوب والسويق الرجوع فى أعيان أموالهما، وهو مذهب الشافعى، لأن عين مالهما قائمة مشاهدة ما تغير اسمها ويكون المفلس شريكًا لصاحب الثوب والسويق بما زاد عن قيمتهما، فإن حصل زيادة فهى له، وإن حصل نقص فعليه، وإن نقصت قيمة الثوب أو السويق، فإن شاء البائع أخذهما ناقصين ولا شيء له، وإن شاء تركهما وله أسوة الغرماء، لأن هذا نقص صفة فهو كالهزال، قال شيخنا: ويحتمل أن لا يكون له الرجوع إذا زادت القيمة، لأنه اتصل بالمبيع زيادة للمفلس

ولنا: أن الأجل حق للمفلس فلا يسقط بفلسه كسائر حقوقه، ولأنه لا يوجب حلول ماله فلا يوجب حلول ما عليه كالجنون والإغماء ولأنه دين مؤجل على حى فلم يحل قبل أجله كغير المفلس ولا نسلم أن الدين يحل بالموت فهو كمسألتنا، وإن سلمنا فالفرق بينهما أن ذمته خربت وبطلت بخلاف المفلس، إذا ثبت هذا فإنه إذا حجر على المفلس فقال أصحابنا: لا يشارك أصحاب الديون المؤجلة غرماء الديون الحالة بل يقسم المال الموجود بين أصحاب الديون الحالة يبقى المؤجل فى الذمة إلى وقت حلوله، فإن لم يقتسم الغرماء حتى حل الدين شارك الغرماء كما لو تجدد على المفلس دين بجنايته، وإن أدرك بعض المال قبل قسمه شاركهم فيه ويضرب فيه بجميع دينه ويضرب سائر الغرماء ببقية ديونهم، وإن قلنا: إن الدين يحل فإنه يضرب مع الغرماء بدينه كغيره من أرباب الديون الحالة، فأما إن مات وعليه ديون مؤجلة فهل تحل بالموت فيه روايتان: **إحداهما:** لا تحل إذا وثق الورثة، وهو قول ابن سيرين وعبد الله بن الحسن وإسحاق وأبى عبيد، وقال طاوس وأبو بكر بن محمد والزهرى وسعيد ابن إبراهيم(١٨): الدين إلى أجله، وحكى ذلك عن الحسن، **والرواية الأخرى:** أنه يحل بالموت وبه قال الشعبى والنخعى وسوار ومالك والثورى والشافعى وأصحاب الرأى، لأنه لا يخلو إما أن يبقى فى ذمة الميت أو الورثة أو يتعلق بالمال، لا يجوز بقاؤه فى ذمة الميت لخرابها، وتعذر مطالبته بها، ولا ذمة الورثة لأنهم لم يلتزموها ولا رضى صاحب الدين بذممهم، وهى مختلفة متباينة، ولا يجوز تعليقه على الأعيان وتأجيله، لأنه ضرر بالميت وصاحب الدين، ولا نفع للورثة فيه، أما الميت فلأن النبى ﷺ قال: «الميت مرتهن بدينه

فمنعت الرجوع كسمن العبد، ولأن الرجوع لا يتخلص به البائع من المفلس، ولا يحصل به المقصود من قطع المنازعة وإزالة المعاملة، بل يحصل له ضرر الشركة فلم يكن فى معنى المنصوص عليه فلا يمكن إلحاقه به.

فصل: فإن قصر الثوب لم يخل من حالين: أحدهما: أن لا تزيد قيمته بذلك فللبائع الرجوع فيه، لأن عين ماله قائمة لم يزل اسمها ولم يتلف بعضها ولا اتصلت بغيرها فكان له الرجوع كما لو علم العبد صناعة لم تزد بها قيمته، وسواء نقصت قيمته بذلك أو لم تنقص، لأن ذلك النقص نقص صفة فلا يمنع الرجوع كنسيان صناعة وهزال العبد ولا شىء له مع الرجوع، **الثانى:** أن تزيد قيمته بذلك فليس للبائع الرجوع فى قياس قول الخرقى، لأنه زاد زيادة لا تتميز زيادتها فلم يملك البائع الرجوع فيه كما لو سمن العبد، ولأنه لم يجد عين ماله متميزة عن غيرها فلم يملك الرجوع كبائع الصبغ إذا صبغ به، وقال القاضى وأصحابه: له

---

(١٨) فى هـ «سعد». وهو سعد بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف الزهرى كان قاضى المدينة، وكان ثقة كثير الحديث توفى سنة خمس وعشرين ومائة، وحفيده سعد بن إبراهيم بن مسعد ثقة كان على قضاء واسط توفى سنة إحدى ومائة. تهذيب التهذيب (٣/ ٤٦٢ - ٤٦٥)

حتى يقضى عنه»(١٩) وأما صاحبه فيتأخر حقه وقد تتلف العين فيسقط حقه، وأما الورثة فإنهم لا ينتفعون بالأعيان ولا ينصرفون فيها، وإن حصلت لهم منفعة فلا يسقط حظ الميت وصاحب الدين لمنفعة لهم.

ولنا: ما ذكرنا فى المفلس، ولأن الموت ما جعل مبطلاً للحقوق، وإنما هو ميقات للخلافة وعلامة على الوراثة وقد قال النبى ﷺ: «من ترك حقًا أو مالاً فلورثته»(٢٠) وما ذكروه إثبات حكم بالمصلحة المرسلة ولا يشهد لها شاهد الشرع باعتبار، ولا خلاف فى فساد هذا، فعلى هذا يبقى الدين فى ذمة الميت كما كان ويتعلق بعين ماله كتعلق حقوق الغرماء بمال المفلس عند الحجر عليه، فإن أحب الورثة أداء الدين والتزامه للغريم، ويتصرفون فى المال لم يكن لهم ذلك إلا أن يرضى الغريم أو يوثقوا الحق بضمين ملىء أو رهن يثق به لوفاء حقه فإنهم قد لا يكونون أملياء ولم يرض بهم الغريم فيؤدى إلى فوات الحق، وذكر القاضى: أن الحق ينتقل إلى ذمم الورثة بموت مورثهم من غير أن يشترط التزامهم له، ولا ينبغى أن يلزم الإنسان دين لم يلتزمه ولم يتعاط سببه ولو لزمهم ذلك لموت مورثهم للزمهم، وإن لم يخلف وفاء، وإن قلنا: إن الدين يحل بالموت فأحب الورثة القضاء من غير التركة واستخلاص التركة فلهم ذلك، وإن قضوا منها فلهم ذلك، وإن امتنعوا من القضاء باع الحاكم من التركة ما يقضى به الدين، وإن مات مفلس وله غرماء، بعض ديونهم مؤجل وبعضها

الرجوع فيها، لأنه أدرك متاعه بعينه، ولأنه وجد عين ماله لم يتغير اسمها ولا ذهبت عينها فملك الرجوع فيها كما لو صبغها فعلى قولهم: إن كانت القصارة بعمل المفلس أو بأجرة وفاها فهما شريكان فى الثوب، فإذا كانت قيمة الثوب خمسة فصار يساوى ستة فللمفلس سدسه، وللبائع خمسة أسداسه، فإن اختار البائع دفع قيمة الزيادة إلى المفلس لزمه قبولها، لأنه يتخلص بذلك من ضرر الشركة من غير مضرة تلحقه فأشبه ما لو دفع الشفيع قيمة البناء إلى المشترى، وإن لم يختر بيع الثوب وأخذ كل واحد بقدر حقه، وإن كان العمل من صانع لم يستوف أجره فله حبس الثوب على استيفاء أجره، فإن كانت الزيادة بقدر الأجر دفعت إليه، وإن كانت أقل فله حبس الثوب على قدر الزيادة ويضرب مع الغرماء بما يبقى، وإن أكثر مثل أن تكون الزيادة درهمين والأجر درهم فله قدر أجره وما فضل للغرماء.

---

(١٩) أخرجه الترمذى (٣/ ح ١٠٧٨) بلفظ «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه» وابن ماجه (٢/ ح٢٤١٣) وأحمد فى مسنده (٢/ ٤٤٠، ٤٧٥) نفس المؤمن معلقة إذا كان عليه دين (٢/ ٥٠٨) بلفظ «لا تزال نفس ابن آدم معلقة بدينه حتى يقضى عنه» والدارمى (٢/ ح ٢٥٩١) والحاكم (٢/ ٢٧) وصححه الألبانى فى صحيح الجامع (٦٧٧٩).

(٢٠) أخرجه البخارى (٤/ ح ٢٢٩٨/ فتح) «من ترك مالاً فلورثته» ومسلم (٣/ الفرائض/ ١٢٣٧/ ح١٤) بلفظ البخارى، والترمذى (٣/ ح ١٠٧٠) وابن ماجه (٢/ ح ٢٤١٥).

حال، وقلنا: المؤجل يحل بالموت تساووا فى التركة فاقتسموها على قدر ديونهم، وإن قلنا لا يحل بالموت نظرنا فإن وثق الورثة لصاحب المؤجل اختص أصحاب الحال بالتركة، وإن امتنع الورثة من التوثيق حل دينه وشارك أصحاب الحال لئلا يفضى إلى إسقاط دينه بالكلية.

فـــصل: حكى بعض أصحـابنا فيمن مـات وعليه دين هل يمنع الدين نقل التـركة إلى الورثة؟ روايتين: **إحداهما:** لا يمنعه، للخبر، ولأن تعلق الدين بالمال لا يزيل الملك فى حق الجانـى والراهن والمفلس فلم يمنع نقـله، فإن تصرف الـورثة فى التركـة ببيع أو غـيره صح تصرفهم ولزمهم أداء الدين، فـإن تعذر وفاؤه فسخ تصرفهم كما لو باع السـيد عبده الجاني أو النصاب الذى وجبت فيه الزكاة، **والرواية الثانية:** يمنع نقل التركة إليهم لقول الله تعالى: ﴿**مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ**﴾ (النسـاء: ١١) فجعل التركة للوارث مـن بعد الدين والوصية فلا يثبت لهم الملك قـبلهما، فعلى هذا: لـو تصرف الورثة لم يصح تصرفهم لأنهم تصـرفوا فى غير ملكهم إلا أن يأذن الغرماء لهم، وإن تصرف الغرماء لم يصح إلا بإذن الورثة.

٨٠٤- **مـسألة:** قال: **(وكل ما فعله المفلس فى ماله قبل أن يقفه الحاكم فجائز)**.

يعنى: قبل أن يحجر عـليه الحاكم فنبدأ بذكر سبب الحجـر فنقول: إذا رفع إلى الحاكم رجل عليه دين فـسأل غرماؤه الحاكم الحـجر عليه لم يجبـهم حتى تثبت ديونهم باعـترافه أو ببينة، فإذا ثبت نظـر فى ماله فإن كان وافيًا بديـنه لم يحجر عليه وأمره بقـضاء دينه، فإن أبى حبسه فإن لم يـقضه وصبر على الحبس قضى الحاكم دينه من مـاله، وإن احتاج إلى بيع ماله فى قضاء ديـنه باعه، وإن كان ماله دون دينه وديونه مـؤجلة لم يحجر عليه، لأنه لا تـستحق

فـــصل: **وإن اشترى صبغًـا فصبغ به ثوبًا أو زيتًا فلت به سويقًا فبائعهـما أسوة الغرماء،** وقال أصـحاب الشافـعى: له الرجوع، لأنه وجد عـين ماله، قالوا: ولو اشـترى ثوبًا وصبـغًا فصبغ الثوب بالصبغ رجع بائع كل شىء فى عين مـاله، وكان بائع الصبغ شريكًا لبائع الثوب، وإن حصل نقص فهـو من صاحب الصبغ، لأنه الذى يتفرق وينقص والثوب بحـاله فإذا كانت قيمة الثوب عشرة، وقيـمة الصبغ خمسة فصارت قيمتها اثنا عشـر كان لصاحب الثوب خمسة أسداس الثـوب وللآخر سدسـه، ويضرب مع الغـرماء بما نقص، وذلـك ثلاثة دراهم، وذكر القاضى فى موضع مثل هذا.

ولنا: أنه لم يجد عين ماله فلم يكن له الرجوع كمـا لو تلف، ولأن المشترى شغله بغيره على وجه البيع فلم يملك بائعه الرجوع فـيه كما لو كان حجرًا فبنى عليه أو مسـامير سمر بها بابًا، ولو اشترى ثوبًا وصبغًـا من واحد فصبغه به، فقال أصحـابنا: هو كما لو كان الصبغ من غير بائع الثوب، فعلى قولهم يرجع فى الثـوب وحده، ويكون المفلس شريكًا له بزيادة الصبغ ويضرب مع الغرماء بثمن الصـبغ، ويحتمل أن يرجع فيهما هـهنا، لأنه وجد عيـن ماله متميزًا عن غيره فكان له الرجوعه فيه للخبـر، ولأن المعنى فى المحل الذى ثبت فيه الرجوع موجود

مطالبته بها فلا يحجر عليه من أجلها، وإن كان بعضها مؤجلاً وبعضها حالا وماله يفى بالحال لم يحجر عليه أيضًا كذلك، وقال بعض أصحاب الشافعى: إن ظهرت أمارات الفلس لكون ماله بإزاء دينه ولا نفقة له إلا من ماله ففيه وجهان: **أحدهما:** يحجر عليه، لأن الظاهر أن ماله يعجز عن ديونه فهو كما لو كان ماله ناقصًا.

ولنا: أن ماله واف بما يلزمه أداؤه فلم يحجر عليه كما لو لم تظهر أمارات الفلس، ولأن الغرماء لا يمكنهم طلب حقوقهم فى الحال فلا حاجة إلى الحجر، وأما إن كانت ديونه حالة يعجز ماله عن أدائها فسأل غرماؤه الحجر عليه لزمته إجابتهم، ولا يجوز الحجر عليه بغير سؤال غرمائه لأنه لا ولاية له فى ذلك وإنما يفعله لحق الغرماء فاعتبر رضاهم به، وإن اختلفوا فطلب بعضهم دون بعض أجيب من طلب لأنه حق له وبهذا قال مالك والشافعى، وقال أبو حنيفة: ليس للحاكم الحجر عليه فإذا أدى اجتهاده إلى الحجر عليه ثبت، لأنه فصل مجتهد فيه، وليس له التصرف فى ماله لأنه لا ولاية عليه إلا أن الحاكم يجبره على البيع إذا لم يمكن الإيفاء بدونه فإن امتنع لم يبعه وكذلك إن امتنع الموسر من وفاء الدين لا يبيع ماله وإنما يحبسه ليبيع بنفسه إلا أن يكون عليه أحد النقدين وماله من النقد الآخر فيدفع الدراهم عن الدنانير والدنانير عن الدراهم، لأنه رشيد لا ولاية عليه فلم يجز للحاكم بيع ماله بغير إذنه كالذى لا دين عليه وخالفه صاحباه فى ذلك.

هـهنا فملك الرجوع به كما يملكه ثَمَّ، ولو اشترى دفوفًا ومسامير من بائع واحد فسمرها به رجع بائعهما فيهما لذلك، وكذلك ما أشبهه.

فصل: ولو اشترى أمة حاملاً ثم أفلس وهى حامل فله الرجوع فيها إلا أن يكون الحمل قد زاد بكبره وكثرة قيمتها بسببه، فيكون من قبيل الزيادة المتصلة على ما مضى، وإن أفلس بعد وضعها فقال القاضى: له الرجوع فيهما بكل حال من غير تفصيل، قال شيخنا: والصحيح أننا إن قلنا إن الحمل لا حكم له فالولد زيادة منفصلة لا يمنع الرجوع فيها على قول أبى بكر، لأن الزيادة المنفصلة عنده للبائع، وهذه زيادة منفصلة، وعلى قول غيره يكون الولد للمفلس فيحتمل أن يمتنع الرجوع فى الأم لئلا يفضى إلى التفريق بين الأم وولدها، ويحتمل أن يرجع فى الأم ويدفع قيمة الولد ليكونا جميعًا له، وإن لم يفعل بيعت الأم وولدها جميعًا وقسم الثمن على قدر قيمتهما فما خص الأم فهو للبائع، وما خص الولد للمفلس، وإن قلنا أن للولد حكمًا، وهو الصحيح لما ذكرناه فيما تقدم، كانت الأم والولد قد زادا بالوضع فحكمه حكم المبيع الزائد زيادة متصلة، وإن لم يزيدا جاز الرجوع فيهما، وإن زاد أحدهما دون الآخر خرج على الروايتين فيما إذا كان المبيع عينين فتلف بعض إحداهما هل يمنع الرجوع فى الأخرى؟ كذلك يخرج هـهنا وجهان: **أحدهما:** أن له الرجوع فيما لم يزد ما زاد فيكون حكمه

ولنا: ما روى كـعب بن مالك أن النبى ﷺ حـجر على معـاذ وباع ماله فى دينه» رواه الخلال بإسناده[٢١]، وروى عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه خطب الناس وقال: ألا إن أسيفع جهينة قد رضى من دينه وأمـانته بأن يقال: سبق الحاج فأدان معرضًـا فأصبح وقد رين به[٢٢] فمن كان له عليه مال فليـحضر غدًا فإنا بائعو ماله وقاسموه بين غرمـائه، ولأنه محجور عليه محتاج إلى قضاء دينه فجاز بيع ماله بغير رضاه كالصغير والسفيه، ولأنه نوع مال فجاز بيعه فى قضـاء دينه كالأثمان، وقـياسهم يبطل ببيـع الدراهم بالدنانير، إذا ثبت هذا: عدنا إلى مـسألة الكتاب فنقول: ما فعله المفلس قبل حجر الحاكم عليه من بيع أو هبة أو إقرار أو قضاء بعض الغرماء أو غـير ذلك فهو جـائز نافذ، وبهذا قال أبو حنيـفة ومالك والشافـعى ولا نعلم أحدًا خالفهم ولأنه رشيد غير محجور عليه فنفذ تـصرفه كغيره، ولأن سبب المنع الحجر فلا يتقدم سببه، ولأنه من أهل التصرف ولم يحجر عليه فأشبه الملىء، وإن أكرى جملاً بعينه أو دارًا لم تنفسخ إجارته بالفلس وكان المكترى أحق به حتى تنقضى مدته.

فـــصل: ومتى حجر عليـه لم ينفذ تصرفه فى شىء من ماله فإن تـصرف ببيع أو هبة أو وقف أو أصدق امرأة مالاً له أو نحو ذلك لم يصح وبهذا قـال مالك والشافعى فى قول، وقال فى آخر يقف تصرفه فإن كان فيما بقى من ماله وفاء الغرماء نفذ وإلا بطل.

ولنا: أنه محـجور عليه بحكم حـاكم فلم يصح تصرفـه كالسفيـه، ولأن حقوق الغـرماء تعلقت بأعيـان ماله فلم يصح تصرفـه فيها كـالمرهونة، فأما إن تصـرف فى ذمته فاشـترى أو

حكم الرجوع فى الأم دون الولد على ما فصلناه، **والثـانى**: ليس له الرجوع فى شىء منهما، لأنه لم يجد المبيـع إلا زائدًا فأشبه العين الواحدة، فإن كـان المبيع حيوانًا غيـر الأمة فحكمه حكمها إلا فى التفريق بينهما فإنه جائز بخلاف الأمة.

فـــصل: فإن اشـترى حـائلاً فحملت ثم أفلس وهى حامل فـزادت قيمتـها به فهى زيادة مـتصلة تمنع الرجـوع، على قول الخرقى، ولا تمنعه على رواية المـيمونى، وإن أفلس بعد وضعها فهى زيادة منفصلة فـتكون للمفلس على الصحيح، وتمنع الرجوع فى الأم دون ولدها لما فيه من التفريق بينهما وهذا أحـد قولى الشافعى، ويحتمل أن يرجع فى الأم على ما ذكرنا فى التى قبلها، وعلى قول أبى بكر الزيادة للبائع، فيكون له الرجوع فيهما، وقال القاضى: إذا وجدها حـاملاً انبنى على أن الـحمل هل له حكم أو لا؟ فـإن قلنا لا حكم له جرى مـجرى الزيادة المتـصلة، وإن قلنا له حكم فالولد فى حـكم المنفصل تتربص به حـتى تضع، ويكون الحكم فيه كما لو وجده بعد وضعه، وإن كان الحمل فى غـير الآدمية جاز التفريق بينهما كما تقدم.

---

(٢١) تقدم برقم (٦) مسألة (٧٩٩).

(٢٢) **رين به**: أحاط بماله الدين وعلته الديون، وانظر حديث (أسيفع جهينة فى اللسان (ر ى ن)).

اقترض أو تكفل صح تصرفه، لأنه أهل للتصرف إنما وجد فى حقه الحجر، والحجر إنما يتعلق بماله لا بذمته ولكن لا يشارك أصحاب هذه الديون الغرماء لأنهم رضوا بذلك إذا علموا أنه مفلس وعاملوه ومن لم يعلم فقد فرط فى ذلك فإن هذا فى مظنة الشهرة ويتبع بها بعد فك الحجر عنه، وإن أقر بدين لزمه بعد فك الحجر عنه، نص عليه أحمد، وهو قول مالك ومحمد بن الحسن والثورى والشافعى فى قول، وقال فى الآخر: يشاركهم واختاره ابن المنذر، لأنه دين ثابت مضاف إلى ما قبل الحجر فيشارك صاحبه الغرماء كما لو ثبت ببينة.

ولنا: أنه محجور عليه فلم يصح إقراره فيما كالسفيه أو كالراهن يقر على الرهن، ولأنه إقرار يبطل ثبوته حق غير المقر فلم يقبل أو إقرار على الغرماء فلم يقبل كإقرار الراهن، ولأنه متهم فى إقراره فهو كالإقرار على غيره، وفارق البينة فإنه لا تهمة فى حقها، ولو كان المفلس صانعًا كالقصار والحائك فى يديه متاع فأقر به لأربابه لم يقبل إقراره والقول فيها كالتى قبلها وتباع العين التى فى يديه وتقسم بين الغرماء وتكون قيمتها واجبة على المفلس إذا قدر عليها لأنها صرفت فى دينه بسبب من جهته فكانت قيمتها عليه كما لو أذن فى ذلك، وإن توجهت على المفلس يمين فنكل عنها فقضى عليه فحكمه حكم إقراره يلزم فى حقه ولا يحاص الغرماء.

فصل: وإن أعتق المفلس بعض رقيقه فهل يصح؟ على روايتين: **إحداهما**: يصح وينفذ وهو قول أبى يوسف وإسحاق لأنه عتق من مالك رشيد فنفذ كما قبل الحجر، ويفارق سائر التصرفات لأن للعتق تغليبًا وسراية ولهذا يسرى إلى ملك الغير ويسرى واقفه بخلاف غيره،

فصل: فإن كان المبيع نخلاً أو شجرًا فأفلس المشترى لم يخل من أربعة أحوال: أحدها: أن يفلس وهى بحالها لم تزد ولم تثمر ولم يتلف بعضها فله الرجوع فيها، **الثانى**: أن يكون فيها ثمر ظاهر أو طلع مؤبر فيشترطه المشترى فيأكله أو يتصرف فيه أو يذهب بجائحه ثم يفلس فهذا فى حكم ما لو اشترى عينين فتلفت إحداهما ثم أفلس فهل للبائع الرجوع فى الأصول، ويضرب مع الغرماء بحصة التالف من الثمر؟ على روايتين، وإن تلف بعضها فهو كتلف جميعها، وإن زادت أو بدا صلاحها فهذه زيادة متصلة فى إحدى العينين، وقد ذكرنا بيان حكمها، **الحال الثالث**: أن يبيعه نخلاً قد أطلعت، ولم تؤبر أو شجرًا فيه ثمرة لم تظهر فهذه تدخل فى مطلق البيع فإن أفلس بعد تلف الثمرة أو بعضها أو الزيادة فيها أو بدو صلاح، فحكم ذلك حكم تلف بعض المبيع وزيادته المتصلة، لأن المبيع كان بمنزلة العين الواحدة، ولهذا دخل الثمر فى مطلق البيع بخلاف التى قبلها، **الحال الرابع**: باعه نخلاً حائلاً فأطلعت أو شجرًا فأثمر فذلك على أربعة أضرب: **أحدها**: أن يفلس قبل تأبيرها فالطلع زيادة متصلة تمنع الرجوع وهو اختيار الخرقى كالسمن، ويحتمل أن يرجع فى النخل دون الطلع، لأنه يمكن فصله ويصح إفراده بالبيع فهو كالمؤبر بخلاف السمن، وهذا قول ابن حامد، وعلى

والرواية الأخـرى: لا ينفذ عتقه وبهذا قال مالك وابن أبى ليلى والثورى والشافعى واختاره أبو الخطاب فى رءوس المسـائل، لأنه ممنوع من التبـرع لحق الغرماء فلم ينفـذ عتقه كـالمريض الذى يستغرق دينه ماله، ولأن المفلس محجور عليه فلم ينفذ عتقه كالسفيه وفارق المطلق وأما سرايته إلى ملك الغيـر فمن شرطه أن يكون موسرًا يؤخـذ منه قيمة نصيب شريكـه فلا يتضرر ولو كان معسرًا لم ينفـذ عتقه إلا فيما يملك صيانة لحق الغيـر وحفظًا له عن الضياع كذا ههنا وهذا أصح إن شاء الله تعالى.

فصل: ويستحب إظهار الحجر عليه لتجتنب معاملته، كيلا يستضر الناس بضياع أموالهم عليه والإشـهاد عليه لينتـشر ذلك عنه وربما عـزل الحاكم أو مات فيـثبت الحجـر عند الآخر فيمضيه ولا يحتاج إلى ابتداء حجر ثان.

فـصل: وإن ثبت عليه حق ببينة شارك صـاحبه الغرماء، لأنه دين ثابت قبل الحجر عليه فأشبه ما لو قامت البينة به قبل الحجـر ولو جنى المفلس بعد الحجر جناية أوجبت مالاً شارك المجنى علـيه الغرمـاء لأن حق المجنى عليـه ثبت بغير اخـتياره، ولو كـانت الجناية موجـبة للقصاص فعفا صـاحبها عنها إلى مال أو صالحه المفلس على مال شـارك الغرماء، لأن سببه ثبت بغير اختيار صاحبه فأشبه ما لو أوجبت المال، **فإن قيل:** ألا قدمتم حقه على الغرماء كما قدمتم حق من جنى عليه بعض عـبيد المفلس؟ **قلـنا:** لأن الحق فى العبد الجـانى تعلق بعينه فقدم لذلك وحق هذا تعلق بالذمة كغيره من الديون فاستويا.

فـصل: ولو قسم الحاكم ماله بين غرمائه ثم ظهـر غريم آخر رجع على الغرماء بقسطه، وبهذا قال الشافعى وحكى ذلك عن مالك وحكى عنه لا يَحَاصُّهُم، لأنه نقض لحكم الحاكم.

رواية الميـمونى لا يمنع بل يرجع ويكون الطلع للبائع كـما لو فسخ العيب، وهو أحـد قولى الشافعى، والـقول الثانى: يرجع فى الأصل دون الطلع، وكذلك عندهم الرد بـالعيب والأخذ بالشفعة، **الضرب الثانى:** أفلس بعد التأبير وظهور الثمرة فلا يمنع الرجوع والطلع للمشترى إلا على قول أبى بكر، والصحيح الأول، لأن الثمرة لا تتبع فى البيع الذى يثبت بتراضيهما، ففى الفسخ الحاصل بغير رضـا المشترى أولى، ولو باعه أرضًا فارغة فزرعـها المشترى ثم أفلس، فإنه يرجع فى الأرض دون الزرع وجهًا واحدًا، لأن ذلك من مال المشترى، **الضرب الثالث:** أفلس والطلع غير مؤبر فلم يرجع حتى أبر لم يكن له الرجوع فـيه، كما لو أفلس بعد التأبير، لأن العين لا تنتقل إلا باختياره، وهذا لم يخترها إلا بعد تأبيرها، فإن ادعى البائع الرجوع قبل التأبير وأنكر المفلس فالقول قـول المفلس مع يمينه، لأن الأصل بقاء ملكه، وإن قال البائع: بعت بعد التأبيـر، وقال المفلس: بل قبله، فالقـول قول البائع لهذه العلة، فإن شهـد الغرماء للمفلس لم تقبل شهـادتهم، لأنهم يجرون إلى أنفسهم نفعًا، وإن شـهدوا للبائع، وهم عدول قبلت شهادتهم، لعدم التـهمة فى حقهم، **الضـرب الرابع:** أفلس بعد أخذ الـثمن أو ذهابها

ولنا أنه غريم لو كان حاضراً قاسمهم فإذا ظهر بعد ذلك قاسمهم كغريم الميت يظهر بعد قسم ماله، وليس قسم الحاكم ماله حكمًا إنما هو قسمـة بان الخطأ فيها فأشبه ما لو قسم مال الميت بين غرمائه ثم ظهـر غريم آخر، أو قسم أرضًا بين شركاء ثم ظهـر شريك آخر أو قسم الميراث بين ورثة ثم ظهر وارث سواه أو وصية ثم ظهر موصى له آخر.

فصل: ولو أفلس وله دار مستأجرة فانهدمت بعد قبض المفلس الأجرة انفسخت الإجارة فيما بقى من المدة وسقط من الأجرة بقدر ذلك، ثم إن وجد عين ماله أخذ بقدر ذلك وإن لم يجده ضرب مع الغـرماء بقدره وإن كان ذلك بعد قـسم ماله رجع على الغرماء بحـصته، لأنه سبب وجوبه قبل الحجر ولذلك يشاركهم إذا وجب قـبل القسمة، ولو باع سلعة وقبض ثمنها ثم أفلس فوجد بها المشـترى عيبًا فردها به أو ردها بخيار أو اخـتلاف فى الثمن ونحوه ووجد عين ماله أخذها، لأن البيع لما انفسخ زال ملك الـمفلس عن الثمن كزوال ملك المشترى عن المبيع وإن كان بعد تصرفه فيه شارك المشترى الغرماء.

٨٠٥- مسألة: قال: **(وينفق على المفلس وعلى من تلزمه مؤنته بالمعروف من ماله إلى أن يفرغ من قسمته بين غرمائه).**

وجـملة ذلك: أنه إذا حجر على المفلس وكان ذا كسب بقى بنفقته ونفقة من تلزمه نفقته فنفقته فى كسبه فإنه لا حاجة إلـى إخراج ماله مع غناء بكسبه فلم يجز أخذ ماله كالزيادة على النفقة، وإن كان كسبه دون نفقته كملناها من ماله وإن لم يكن ذا كسب أنفق عليه من ماله مدة الحـجر، وإن طالت لأن ملكه باق وقـد قال النـبى ﷺ: «ابدأ بنفسك ثم بمن تعـول» (٢٣)

بجائحة أو غيرها فله الرجوع فى الأصل والثمرة للمشترى إلا على قول أبى بكر، وكل موضع لا يتبع الـثمر الشـجر، إذا رجع البـائع فيه فلـيس له مطالبة المـفلس بقطع الثمـرة قبل أوان الجزاز، وكـذلك إذا رجع فى الأرض وفيها زرع لـلمفلس فليس له المطالبة بأخـذه قبل أوان الحصـاد، لأن المشـترى زرع فى أرضه بحق فطلعـه على الشجـر بحق فلم يلزمه أخـذه قبل كمالـه، كما لو باع الأصل وعليه الثـمرة، أو الأرض وفيهـا زرع، وليس على صاحب الزرع أجر، لأنه زرع فى أرضـه زرعًا يجب تبقـيته، فكأنه اسـتوفى منفعـة الأرض، فلم يكن عليه ضمان ذلك، إذا ثبت هذا، فإن اتفق المفلس والغرمـاء على التبقية أو القطع فلهم ذلك، وإن اختلفوا فطلب بعضهم القطع وبعضهم التبقية، وكان مما لا قيمة له مقطوعًا أو قيمته يسيرة لم يقطع، لأن قطعه سفه وإضاعة مال، وقد نهى النبى ﷺ عن إضاعته، وإن كانت قيمته كثيرة قدم قول من طلب القطع فى أحـد الوجهين، لأن فى تبقيتـه غرراً، ولأن طالب القطع إن كان المفلس فهو يقصد تبرئة ذمته، وإن كان الغرماء فهم يطلبون تعجيل حقوقهم وذلك حق لهم،

---

(٢٣) تقدم تخريجه (٥٠) المسألة رقم (٤٦٠).

ومعلوم أن فيمن يعوله من تجب نفقته عليــه ويكون دينًا عليه وهى الزوجة فإذا قدم نفقة نفسه على نفقة الزوجة فكذلك على حق الغرماء، ولأن الحى آكـد حرمة من الميت، لأنه مضمون بالإتلاف وتقديم تجهيز الميت ومؤنة دفنه على دينه متفق عليه، فنفقته أولى، وتقدم أيضًا نفقة من تلزمه نفقته من أقاربه مثل الوالدين والمولودين وغيرهم ممن تجب نفقتهم، لأنهم يجرون مجرى نفسه لأن ذوى رحـمه منهم يعتقون إذا ملكهم كما يعتق إذا ملك نفـسه فكانت نفقتهم كنفقتـه وكذلك زوجته تقدم نفـقتها لأن نفقـتها آكد من نفقـة الأقارب، لأنها تجب من طريق المعاوضة وفيـها معنى الأحياء كما فى الأقارب، وممن أوجب الإنـفاق على المفلس وزوجته وأولاده الصغار من ماله أبو حنيفة ومالك والشـافعى ولا نعلم أحدًا خالفهم، وتجب كسوتهم أيضًا، لأن ذلك ممـا لا بد منه ولا تقوم النفس بدونه، والواجب من النفقـة والكسوة أدنى ما ينفق على مثله بالمعـروف وأدنى ما يكتسى مثله إن كان من جنس الطعـام أو متوسطه وكذلك كسوته من جنس مـا يكتسيه مثله وكـسوة امرأته ونفقتـها مثل ما يقتـرض على مثله، وأقل ما يكفيه من اللباس قميص وسراويل وشيء يلبسه على رأسه إما عمامة أو قلنسوة أو غيرهما مما جرت به عادته ولرجله حذاء إن كـان يعتاده، وإن احتاج إلى جبـة أو فروة لدفع البرد دفع إليه ذلك، وإن كانت له ثياب لا يلبس مثـله مثلها بيعت واشترى له كسـوة مثلها ورد الفضل على الغرمـاء فإن كانت إذا بيـعت واشتـرى له كسوة لا يفـضل منها شيء تركت فـإنه لا فائدة فى بيعها.

فـصل: **وإن مات المفلس كُفِّنَ من ماله**، لأن نفقته كانت واجبة من ماله فى حال حياته فوجب تجهـيزه منه بعد الموت كـغيره، وكذلك يجب كفن من يمـونه لأنهم بمنزلته ولا يلزم تكفين الزوجـة، لأن النفقة تجب فى مقابلـة الاستمتاع، وقـد فات بالموت فسقـطت النفقة،

وهذا قول القـاضى وأكثر الشافـعية، **الثـانى**: ينظر ما فـيه الحظ فيـعمل به، لأن ذلك أنفع للجميع، والظاهر سلامته، ولهذا يجوز أن يزرع للمولى عليه، وفيه وجه آخر: إن كان الطالب القطع الغرماء وجب إجابتـهم، لأن حقوقهم حالة فلا يلزمهم تأخـيرها مع إمكان ايفائها، وإن كان الطالب المفلس دونهم، وكـان التأخير أحظ لم يقع، لأنهم رضوا بتأخيـر حقوقهم لحظ يحصل لهم وللمفلس، والمـفلس يطلب ما فيه ضرر بنفـسه، ومنع الغرماء من استيـفاء القدر الذى يحصل من الزيادة بالتأخير، فلا يلزم الغرماء إجابته إلى ذلك.

فـصل: فإن أقر الغرماء بالطلع أو الزرع للبائع ولـم يشهدوا به أو شهدوا به وليسوا عدولاً أو لم يحكم بشـهادتهم حلف المـفلس، وثبت الطلع له ينفرد به دونهم، لأنهـم يقرون أنه لا حق لهم فيه، فإن أراد دفعه إلى أحدهم أو تخصيصه بثمنه فله ذلك لإقرار باقيهم، أنه لا حق لهم فيه، فإن امـتنع ذلك الغريم من قبوله أجبـر عليه أو على الإبراء من قدره من دينه، وهذا مذهب الشـافعى، لأنه محكوم به للمـفلس فكان له أن يقضى دينه منه كـما لو أدى المكاتب

ويفارق الأقارب لأن قرابتهم باقـية، وإن مات من عبيده أحد وجب تكفينه وتجهـيزه لأن نفقته ليست فى مقابلة الانتفاع به، ولذلك تجب نفقة الصغير والمبيع قبل التسليم، ويكفن فى ثلاثة أثواب كمـا كان يلبس فى حـياته ثلاثة، ويحتـمل أن يكفن فى ثوب واحد يستره، لأن ذلك يكفيه فـلا حاجة إلى الزيادة وفارق حـالة الحياة، لأنه لا بد له من تغطيـة رأسه وكشف ذلك يؤذيه بخلاف الميت، ويمتد الإنفاق على المفلس إلى حين فراغه من القسمة بين الغرماء لأنه لا يزول ملكه إلا بذلك، ومذهب الشافعى فى هذا الفصل قريب مما ذكرنا.

٨٠٦- **مسألة:** قال: **(ولا تباع داره التى لا غنى عن سكناها).**

وجملته: أنَّ المفلس إذا حجر عليه باع الحاكم مالـه ويستحب أن يحضر المفلس البيع لمعان أربعة: **أحدهما:** ليحصى ثمنه ويضبطه **الثانى:** أنه أعرف بثمن متاعه وجيده ورديئه فإذا حضر تكلم عليه وعـرف العين من غيره، **الثـالث:** أن تكثر الرغبة فيـه فإن شراءه من صاحبه أحب إلى المشـترى، **الرابع:** أن ذلك أطيب لنفسه وأسكن لقلبه، ويستـحب إحضار الغرماء أيضًا لأمور أربعة: **أحدها:** أنه يباع لهم، **الثانى:** أنهم ربما رغبوا فى شراء شىء منه فزادوا فى ثمنه فيكون أصلح لهم وللمفلس، **الثـالث:** أنه أطيب لقلوبهم وأبعد من التهمة، **الرابع:** أنه ربما كان فيهم من يجد عين ماله فيأخذها، فإن لم يفعل وباعه من غير حضورهم كلهم جاز، لأن ذلك موكـول إليه ومـفوض إلى اجتـهاده وربما أداه اجـتهاده إلى خـلاف ذلك وبانت له المصلحة فى المبـادرة إلى البيع قبل إحضارهم، ويأمرهم الحاكم أن يـقيموا مناديًا ينادى لهم

نجوم كتابته إلى سـيده فقال سيده: هى حرام، وأنكر المكاتب، وإن أراد قـسمه على الغرماء لزمهم قبوله أو الإبراء لما ذكرنا، فإن قبضوا الثمرة بعينها لزمهم ردها إلى البائع، لأنهم مقرون له بها فلزمهم دفعها إليه كما لو أقروا بعتق عبد ثم اشتروه، فإن باع الثمرة وقسم ثمنها فيهم أو دفعه إلى بعـضهم لم يلزمه رد ما أخذ من ثمنهـا، لأنهم اعترفوا بالعين لا بثمنهـا، وإن شهد بعضهم دون بعض، أو أقـر بعضهم دون بعض لزم الشاهد أو المـقر الحكم الذى ذكرناه دون غيره، وإن عرض عليهم المفلس الثمرة بعينها فأبوا أخذها لم يلزمهم ذلك، لأنهم إنما يلزمهم الاستـيفـاء من جنس ديونهم إلا أن يكون فـيهم من له من جنس الـثمر أو الـزرع كالمـقرض والمسلم فيلزمه أخذ ما عرض عليه إذا كان بصفة حقه، ولو أقر الغرماء بأن المفلس أعتق عبدًا له قبل فلسه فأنكـر ذلك لم يقبل قولهم إلا أن يشهد منهم عدلان بإعتـاقه ويكون حكمهم فى قبض العبد وأخذ ثمنه إن عرضه عليهم حكم ما لو أقروا بالثمرة للبائع، وكذلك إن أقروا بعين مما فى يديه أنها غـصب أو عارية أو نحو ذلك فالحكم كما ذكـرنا سواء، وإن أقروا بأنه أعتق عبده بعد فلسه انبنى ذلك على صحة عتق الـمفلس، فإن قلنا لا يصح عتقه فلا أثر لإقرارهم، وإن قلنا بصحـته فهو كإقـرارهم بعتقه قـبل فلسه، فإن حكم الحـاكم بصحته أو بفـساده نفذ حكمه، لأنه فصل مجتهد فيه فلزم ما حكم به الحاكم ولا يجوز نقضه ولا تغييره.

على المتاع فإن تراضوا برجل ثقة أمضاه الحاكم وإن اتفقوا على غير ثقة رده، **فإن قيل:** فلم يرده وأصحاب الحق قد اتفقوا عليه فأشبه ما لو اتفق الراهن والمرتهن على أن يبيع الرهن غير ثقة لم يكن للحاكم الاعتراض؟ **قلنا:** لأن للحاكم ههنا نظرًا واجتهادًا، فإنه قد يظهر غريم آخر فيتعلق حقه به فلهذا نظر فيه بخلاف الرهن فإنه لا نظر للحاكم فيه، فإن اختار المفلس رجلاً واختار الغرماء آخر أقر الحاكم الثقة منهما، فإن كانا ثقتين قدم المتطوع منهما، لأنه أوفر، فإن كانا متطوعين ضم أحدهما إلى الآخر، فإن كانا بجعل قدم أعرفهما وأوثقهما فإن تساويا قدم من يرى منهما، فإن وجد متطوعًا بالنداء وإلا دفعت الأجرة من مال المفلس، لأن البيع حق عليه لكونه طريق وفاء دينه، وقيل: يدفع من بيت المال لأنه من المصالح وكذلك الحكم فى أجر من يحفظ المتاع والثمن وأجر الحمالين ونحوهم، ويستحب بيع كل شيء فى سوقه البز فى البزازين، والكتب فى سوقها ونحو ذلك لأنه أحوط وأكثر لطلابه ومعرفة قيمته فإن باع فى غير سوقه: بثمن مثله جاز لأن الغرض تحصيل الثمن وربما أدى الاجتهاد إلى أن ذلك أصلح، ولذلك لو قال: بع ثوبى فى سوق كذا بكذا فباعه بذلك فى سوق آخر جاز، ويبيع بنقد البلد لأنه أوفر، فإن كان فى البلد نقود باع بغالبها، فإن تساوت باع بجنس الدين، وإن زاد فى السلعة زائد فى مدة الخيار ألزم الأمين الفسخ، لأنه أمكنه بيعه بثمن فلم يجز بيعه بدونه كما لو زيد فيه قبل العقد، وإن زاد بعد لزوم العقد استحب للأمين سؤال المشترى الإقالة واستحب للمشترى الإجابة إلى ذلك، لتعليقه بمصلحة المفلس وقضاء دينه فيبدأ ببيع

فصل: فإن صدق المفلس البائع فى الرجوع قبل التأبير وكذبه الغرماء لم يقبل إقراره، لأن حقوقهم تعلقت بالثمرة ظاهرًا فلم يقبل إقراره، كما لو أقر بالنخيل، وعلى الغرماء اليمين أنهم لا يعلمون أن البائع رجع قبل التأبير، لأن هذه اليمين لا ينوبون فيها عن المفلس بل هى ثابته فى حقهم ابتداء بخلاف ما لو ادعى حقًا وأقام شاهدًا فلم يحلف لم يكن للغرماء أن يحلفوا مع الشاهد، لأن اليمين على المفلس، فلو حلفوا حلفوا ليثبتوا حقًا لغيرهم ولا يحلف الإنسان ليثبت لغيره حقًا، ولا يجوز أن يكون نائبًا فيها، لأن الأيمان لا تدخلها النيابة وفى مسألتنا الأصل أن هذا الطلع قد تعلقت حقوقهم به لكونه فى يد غريمهم ومتصل بنخله، والبائع يدعى ما يزيل حقوقهم عنه فأشبه سائر أعيان ماله، ويحلفون على نفى العلم، لأنه يمين على فعل غيرهم فكانت على نفى العلم كيمين الوارث على نفى الدين على الميت، ولو أقر المفلس بعين من أعيان ماله لأجنبى أو لبعض الغرماء فأنكر الباقون، فالقول قولهم، وعليهم اليمين أنهم لا يعلمون ذلك، ومثله لو أقر بغريم آخر يستحق مشاركتهم فأنكروه حلفوا أيضًا على نفى العلم لذلك، وإن أقر بعتق عبده انبنى على صحة عتق المفلس، فإن قلنا بصحة عتقه صح إقراره وعتق، لأن من ملك شيئًا ملك الإقرار به، وإن قلنا: لا يصح عتقه لم يقبل إقراره وعلى الغرماء اليمين أنهم لا يعلمون ذلك، وكل موضع قلنا على الغرماء اليمين

العبد الجانى فيدفع إلى المجنى عليه أقل الأمرين من ثمنه أو أرش جنايته، وما فضل منه رده إلى الغرماء، ثم يبيع الرهن فيدفع المرتهن قدر دينه وما فضل من ثمنه رده إلى الغرماء وإن بقيت من دينه بقية ضرب بها مع الغرماء، ثم يبيع ما يسرع إليه الفساد من الطعام الرطب لأن بقاءه يتلفه بيقين، ثم يبيع الحيوان، لأنه معرض للتلف ويحتاج إلى مؤنة فى بقائه ثم يبيع السلع والأثاث لأنه يخاف عليه وتناله الأيدى ثم العقار آخراً، لأنه لا يخاف تلفه، وبقاؤه أشهر له وأكثر لطلابه ومتى باع شيئًا من ماله وكان الدين لواحد وحده دفعه إليه، لأنه لا حاجة إلى تأخيره وإن كان له غرماء فأمكن قسمته عليهم قسم ولم يؤخر، وإن لم يمكن قسمته أودع عند ثقة إلى أن يجتمع ويمكن قسمته فيقسم، وإن احتاج فى حفظه إلى غرامة دفع ذلك إلى من يحفظه، إذا ثبت هذا عدنا إلى مسألة الكتاب فنقول: لا تباع داره التى لا غنى له عن سكناها، وبهذا قال أبو حنيفة وإسحاق، وقال شريح ومالك والشافعى تباع ويكترى له بدلها، واختاره ابن المنذر لأن النبى ﷺ قال فى الذى أصيب فى ثمار ابتاعها فكثر دينه فقال لغرمائه: «خذوا ما وجدتم»(٢٤) وهذا مما وجدوه ولأنه عين مال المفلس فوجب صرفه فى دينه كسائر ماله.

فهى على جميعهم، فإن حلفوا وإلا قضى للمدعى إلا أن نقول برد اليمين على المدعى فيحلف ويستحق، وإن حلف بعضهم دون بعض أخذ الحالف نصيبه وحكم الناكل على ما ذكرنا.

فصل: وإن أقر المفلس أنه أعتق عبده منذ سنة، وكان العبد قد اكتسب بعد ذلك مالاً وأنكر الغرماء، فإن قلنا: لا يقبل إقراره حلفوا واستحقوا العبد وكسبه، فإن قلنا: يقبل إقراره لم يقبل فى كسبه، كان للغرماء أن يحلفوا أنهم لا يعلمون أنه أعتقه قبل الكسب ويأخذون كسبه، لأن إقراره إنما قبل فى العتق دون غيره لصحته منه لكونه ينبنى على التغليب والسراية فلا يقبل فى المال لعدم ذلك فيه، ولأننا نزلنا إقراره منزلة إعتاقه فى الحال فلم نثبت به الحرية فيما مضى فيكون كسبه محكومًا به لسيده، كما لو أقر بعتقه ثم أقر له بعين فى يده.

16- مسألة: (وإن غرس الأرض أو بنى فيها فله الرجوع، ودفع قيمة الغراس والبناء فيملكه إلا أن يختار المفلس والغرماء القلع ومشاركته بالنقص).

إذا كان المبيع أرضًا فبناها المشترى أو غرسها ثم أفلس فأراد البائع الرجوع فى الأرض نظرت، فإن اتفق المفلس والغرماء على قلع الغراس والبناء فلهم ذلك، لأن الحق لهم لا يخرج عنهم، فإذا قلعوه فللبائع الرجوع فى أرضه، لأنه وجد عين ماله، فإن أراد الرجوع قبل القلع فله ذلك وهو مذهب الشافعى، لأنه أدرك متاعه بعينه وفيه مال المشترى على وجه البيع فلم يمنعه الرجوع كما لو صبغ الثوب، ويحتمل أن لا يستحقه إلا بعد القلع، لأنه قبل

---

(٢٤) ذكره ابن المنذر فى الإجماع (ص ١١٠).

ولنا: أن هذا مما لا غنى للمفلس عنه فلم يصرف فى دينه كثيابه وقوته والحديث قضية فى عين ويحتمل أنه لم يكن له عقار ولا خادم، ويحتمل أن النبى ﷺ قال: «خذوا ما وجدتم» مما تصدق به عليه، فإن المذكور قبل ذلك كذلك روى أن النبى ﷺ قال: «تصدقوا عليه» فتصدقوا عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه، فقال النبى ﷺ: «خذوا ما وجدتم» أى مما تصدق به عليه، والظاهر أنه لم يتصدق عليه بدار، وهو محتاج إلى سكناها ولا خادم وهو محتاج إلى خدمته، ولأن الحديث مخصوص بثياب المفلس وقوته فنقيس عليه محل النزاع، وقياسهم منتقض بذلك أيضًا وبأجر المسكن، وسائر ماله يستغنى عنه بخلاف مسألتنا.

القلع لم يدرك متاعه إلا مشغولاً بملك المشترى فأشبه ما لو كان مسامير فى باب المشترى، فإن قلنا له الرجوع قبل القلع فقلعوه لزمهم تسوية الأرض وأرش نقص الأرض الحاصل به، لأن ذلك نقص حصل لتخليص ملك المفلس فكان عليه كما لو دخل فصيل دار إنسان فكبر فأراد صاحبه إخراجه فلم يمكن إلا بهدم بابها فإن الباب يهدم ليخرج ويضمن صاحبه ما نقص بخلاف ما إذا وجد البائع عين ماله ناقصة فرجع فيها فإنه لا يرجع فى النقص فإن النقص كان فى ملك المفلس وههنا حدث بعد رجوعه فى العين فلهذا ضمنوه، ويضرب بالنقص مع الغرماء، وإن قلنا: ليس له الرجوع قبل القلع لم يلزمهم تسوية الحفر، ولا أرش القص، لأنهم فعلوا ذلك فى أرض المفلس قبل رجوع البائع فيها فلم يضمنوا النقص كما لو قلعه المفلس قبل فلسه، فإن امتنع المفلس والغرماء من القلع لم يجبروا عليه، لأنه غرس بحق، ومفهوم قوله ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق» أنه إن لم يكن ظالمًا فله حق، فإن بذل البائع قيمة الغراس والبناء ليملكه أو قال: أنا أقلع وأضمن النقص فله ذلك إن قلنا له الرجوع قبل القلع، لأن البناء والغراس حصل فى ملكه لغيره لحق فكان له أخذه بقيمته أو قلعه وضمان نقصه كالشفيع إذا أخذ الأرض وفيها غراس أو بناء للمشترى والمعير إذا رجع فى أرضه بعد غرس المستعير، وإن قلنا: ليس له الرجوع قبل القلع لم يكن له ذلك، لأنه بناء المفلس وغرسه فلم يجبر على بيعه لهذا البائع ولا على قلعه، كما لو لم يرجع فى الأرض.

17- مسألة: (فإن أبوا القلع وأبى دفع القيمة سقط الرجوع).

وهذا قول ابن حامد وأحد الوجهين لأصحاب الشافعى، وقال القاضى: يحتمل أن له الرجوع، وهو قول الشافعى، لأنه أدرك متاعه بعينه متصلاً بملك المشترى على وجه التبع فلم يمنع الرجوع كالثوب إذا صبغه المشترى.

ولنا أنه لم يدرك متاعه على وجه يمكنه أخذه منفردًا عن غيره، فلم يكن له أخذه كالحجر فى البناء والمسامير فى الباب، ولأن فى ذلك ضررًا على المشترى والغرماء، ولا يزال الضرر بالضرر، ولأنه لا يحصل بالرجوع ههنا انقطاع النزاع والخصومة بخلاف ما إذا وجدها غير مشغولة بشىء، وأما الثوب إذا صبغه فلا نسلم أن له الرجوع، وإن سلمنها فالفرق بينهما من

فصل: وإن كان له داران يستغنى بسكنى إحداهما بيعت الأخرى، لأن به غنى عن سكناها، وإن كان مسكنه واسعًا لا يسكن مثله فى مثله بيع واشترى له مسكن مثله ورد الفضل على الغرماء كالثياب التى له إذا كانت رفيعة لا يلبس مثله مثلها، ولو كان المسكن والخادم اللذين لا يستغنى عنهما عين مال بعض الغرماء أو كان جميع ماله أعيان أموال أفلس بأثمانها ووجدها أصحابها فلهم أخذها بالشرائط التى ذكرناها لقول النبى ﷺ: «من أدرك متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به»(٢٥) ولأن حقه تعلق بالعين فكان أقوى سببًا من المفلس ولأن الإعسار بالثمن سبب يستحق به الفسخ، فلم يمنعه منه تعلق حاجة المشترى كما

وجهين: أحدهما: أن الصبغ تفرق فى الثوب فصار كالصفة بخلاف البناء والغراس، فإنهما أعيان متميزة وأصل فى نفسه، الثانى: أن الثوب لا يراد للبقاء بخلاف الأرض والبناء، فإذا قلنا: لا يرجع فلا كلام، وإن قلنا: يرجع فرجع، واتفق الجميع على بيعهما بيعا لهما كذا هنا، ويحتمل أن لا يجبر، لأنه يمكن طالب البيع أن يبيع ملكه منفردًا بخلاف الثوب المصوغ، فإن بيعا لهما قسم الثمن على قدر القيمتين فتقوم الأرض لا شجر فيها ولا بناء، ثم تقوم وهما فيهما فما كان قيمة الأرض بغير غراس ولا بناء فللبائع قسطه من الثمن والزائد للمفلس والغرماء، وإن قلنا: لا يجبر على البيع أو لم يطلب أحدهما البيع، فإن اتفقا على كيفية كونهما بينهما جاز ما اتفقا عليه، وإن اختلفا كانت الأرض للبائع والغراس والبناء للمفلس والغرماء ولهم دخول الأرض لسقى الشجر وأخذ الثمرة، وليس لهم دخولها للتفرج أو لغير حاجة، وللبائع دخولها للزرع ولما شاء، لأن الأرض ملكه، فإن باعوا الشجر والبناء لإنسان فحكمه فى ذلك حكمهم، فإن بذل المفلس والغرماء أو المشترى للبائع قيمة الأرض ليدعها لهم لم يلزمه ذلك، لأن الأرض أصل فلا يجبر على بيعها بخلاف الغراس والبناء.

فصل: فإن اشترى غراسًا فغرسه فى أرضه ثم أفلس ولم يرد الغراس فله الرجوع فيه، لأنه أدرك متاعه بعينه، فإذا أخذه فعليه تسوية الأرض وأرش نقصها الحاصل بقلعه، لأنه نقص حصل لتخليص ملكه من ملك غيره، وإن بذل المفلس والغرماء قيمته له ليملكوه لم يجبر على قبولها، لأنه إذا اختار أخذ ماله وتفريغ ملكهم وإزالة ضرره عنهم لم يكن لهم منعه كالمشترى إذا غرس فى الأرض المشفوعة، وإن امتنع من القلع فبذلوا له القيمة ليملكه المفلس أو أرادوا قلعه وضمان النقص فلهم ذلك، وكذلك لو أرادوا قلعه من غير ضمان النقص لأن المفلس إنما ابتاعه مقلوعًا فلم يجب عليه إبقاؤه فى أرضه، وقيل ليس لهم قلعه من غير ضمان النقص، لأنه غرس بحق فأشبه غرس المفلس فى الأرض التى ابتاعها إذا رجع بائعها فيها، والفرق بينهما ظاهر فإن إبقاء الغراس فى هذه الصورة حق عليه فلم يجب عليه بفعله، وفى التى قبلها إبقاؤه حق له فوجب له بغراسه فى ملكه، فإن اختار بعضهم القلع

---

(٢٥) تقدم برقم (٨) مسألة (٨٠٠).

قبل القبض وكالعيب والخيار، ولأن منعهم من أخذ أعيان أموالهم يفتح باب الخيل بأن يجىء من لا مال له فيشترى فى ذمـته ثيابًا يلبسها ودارًا يسكنها وخادمًا يخدمه وفرسًـا يركبها وطعامًا له ولعائلته ويمتنع على أربابها أخذها لتعلق حاجته بها فتضيع أموالهم ويستغنى هو بها، فعلى هذا يؤخذ ذلك ولا يترك له شىء منه لأنه أعيان أموال الناس فكانوا أحق بها منه كما لو كانت فى أيديهم أو أخذها منهم غصبًا.

فــصل: ولو كان المفلس ذا صنعة يكسب ما يمونه ويمــون من تلزمه مؤنته أو كان يقدر على أن يكسب ذلك بأن يؤجر نفســه أو يتوكل لإنسان أو يكتسب من المباحــات ما يكفيه لم يترك له من ماله شىء وإن لم يقـدر على شىء مما ذكرناه ترك له من ماله قدر مــا يكفيه، قال الإمام أحمد رحـمة الله تعالى فى رواية أبى داود: ويترك له قوت يتقـوت به وإن كان له عيال ترك له قوام، وقال فى رواية الميمونى: يترك له قدر ما يقوم به معاشه ويباع الباقى، وهذا فى حق الشيخ الكبيـر وذوى الهيئات الذين لا يمكنهم التصـرف بأبدانهم، وينبغى أن يجعل ذلك مما لا يتعلق به حق بعضهم بعينه، لأن من تعلق حقه بالعين أقوى سببًا من غيره.

وبعضهم التبقية قدم قول مــن طلب القلع سواء كان المفلس أو الغرماء أو بعض الغرماء، لأن الإبقاء ضرر غـير واجب فلم يلزم الممتنع من الإجابة إليــه، وإن زاد الغراس فى الأرض فهى زيادة متصلة تمنع الرجوع إلا على رواية الميمونى.

فــصل: وإن اشترى أرضًا من رجل وغراسًا من آخـر فيها ثم أفلس ولم يزد الشجر فلكل واحد منـهما الرجـوع فى عين مـاله، ولصاحب الأرض قلع الغـراس من غير ضـمان النقص بالقلع كما ذكرنا، لأن البائع إنما باعه مقلوعًـا فلا يستحقه إلا كذلك، وإن أراد بائعه قلعه من الأرض فقلعــه فعليه تسوية الأرض وضــمان نقصهــا الحاصل به لما تقدم، فــإن بذل صاحب الغراس قيمة الأرض لـصاحبها ليملكها لم يجبـر على ذلك، لأن الأرض أصل فلا يجبر على بيعهــا تبعًا، وإن بذل صاحب الأرض قـيمة الغراس لصــاحبها ليـملكه إذا امتنع من القلع فله ذلك، لأن غرسه حصل فى ملك غيره بحق فأشبه غرس المفلس فى أرض البائع، ويحتمل أن لا يملك ذلك، لأنه لا يجبر على إبقائه إذا امتنع من دفع قيمته أو أرش نقصه فلا يكون له أن يمتلكه بالقيمة بخلاف التى قبلها والأول أولى، وهذا منتقض بغرس الغاصب.

فــصل: فإن كان المبيع صيدًا فأفلس المـشترى والبائع محرم لم يرجع فيه، لأنه تملك للصيد فلم يجز فى الإحرام كشرائه، وإن كان البائع حلالاً فى الحرم والصيد فى الحل فأفلس المشترى فللبائع الرجوع فيه، لأن الحرم إنما يحرم الصيد الذى فيه، وهذا ليس من صيده فلا يحرمه، ولو أفلس المحرم وفى ملكه صيد بائعه حلال فله أخذه، لأن المانع غير موجود فيه.

فــصل: إذا أفلس وفى يده عين دين بائعها مـؤجل، وقلنا: لا يحل الدين بالفلس فقال أحمـد فى رواية الحسن بن ثواب: يكون مـوقوفًا إلـى أن يحل دينه فيخـتار البـائع الفسخ أو

فصل: وإذا تلف شيء من مال المفلس تحت يد الأمين أو بيع شيء من ماله وأودع ثمنه فتلف عند المودع، فهو من ضمان المفلس، وبهذا قال الشافعي، وقال مالك: العروض من ماله والدراهم والدنانير من مال الغرماء، وقال المغيرة الدنانير من مال أصحاب الدنانير والدراهم من مال أصحاب الدراهم.

ولنا: أنه من مال المفلس، ونماؤه له فكان تلفه في ماله كالعروض.

فصل: وإذا اجتمع مال المفلس قسم بين غرمائه فإن كانت ديونهم من جنس الأثمان أخذوها، وإن كان فيهم من دينه من غير جنس الأثمان كالقرض بغير الأثمان فرضى أن يأخذ عوض حقه من الأثمان جاز وإن امتنع وطلب جنس حقه ابتيع له بحصته من جنس دينه، ولو

~~التركـ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي، والمنصوص عن الشافعي أنه يباع في الديون الحالة~~

ويتخرج لنا مثل ذلك، لأنها حقوق حالة فقدمت على الدين المؤجل كدين من لم يجد عين ماله، والقول الأول أولى للخبر، ولأن حق هذا البائع تعلق بالعين فقدم على غيره، وإن كان مؤجلاً كالمرتهن والمجنى عليه.

فصل: قال أحمد في رجل ابتاع طعامًا نسيئة ونظر إليه وقلبه وقال: أقبضه غدًا فمات البائع وعليه دين فالطعام للمشترى ويتبعه الغرماء بالثمن، وإن كان رخيصًا، وكذلك قال الثورى وإسحاق، لأن الملك ثبت للمشترى فيه بالشراء وزال ملك البائع عنه فلم يشاركه غرماء البائع فيه كما لو قبضه.

فصل: ورجوع البائع فسخ للبيع لا يحتاج إلى معرفة المبيع ولا القدرة على تسليمه، فلو رجع في المبيع الغائب بعد مضى مدة يتغير فيها ثم وجده على حاله لم يتلف شيء منه، صح رجوعه، وإن رجع في العبد بعد إباقه أو جمل بعد شروده، صح وصار ذلك له، فإن قدر عليه أخذه، وإن ذهب كان من ماله، وإن تبين أنه كان تالفًا حال استرجاعه بطل الاسترجاع، وله أن يضرب مع الغرماء في الموجود من ماله، وإن رجع في المبيع واشتبه بغيره، واختلفوا في عينه فالقول قول المفلس، لأنه منكر لاستحقاق ما ادعاه البائع والأصل معه.

فصل: قال رحمه الله تعالى: (**الحكم الثالث: بيع الحاكم ماله وقسم ثمنه وينبغي أن يحضره ويحضر الغرماء ويبيع كل شيء في سوقه**).

إذا حجر على المفلس باع الحاكم ماله لما ذكرنا من حديث معاذ، ولأنه مقصود الحجر ويستحب إحضار المفلس لمعان أربعة: **أحدها**: إحصاء ثمنه وضبطه، **الثاني**: أنه أعرف بثمن متاعه وجيده ورديئه، فإذا حضر تكلم عليه وعرف الغبن من غيره، **الثالث**: أن الرغبة تكثر فيه، فإن شراءه من صاحبه أحب إلى المشترين، **الرابع**: أنه أطيب لقلبه، ويستحب إحضار الغرماء لأمور أربعة: **أحدها**: أن يباع لهم **الثاني**: أنهم ربما رغبوا في شيء فزادوا في ثمنه فيكون أصلح لهم وللمفلس، **الثالث**: أنه أطيب لقلوبهم وأبعد عن التهمة، **الرابع**: لعل فيهم

أراد الغريم الأخذ من المال المجموع، وقال المفلس لا أوفيك إلا من جنس دينك قدم قوله لأن هذا على سبيل المعاوضة فلا يجوز إلا بتراضيهما عليه، وإن كان فيهم من له دين من سلم لم يجز أن يأخذ إلا من جنس حقه، وإن تراضيا على دفع عوضه، لأن ما فى الذمة من السلم لا يجوز أخذ البدل عنه لقوله ﷺ: «من أسلم فى شىء فلا يصرفه إلى غيره»(٢٦).

فصل: وإذا فرق مال المفلس وبقيت عليه بقية وله صنعة فهل يجبره الحاكم على إيجار نفسه ليقضى دينه؟ على روايتين: **إحداهما:** لا يجبره وهو قول مالك والشافعى، لقول الله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ (البقرة: ٢٨٠) ولما روى أبو سعيد: «أن رجلاً أصيب فى ثمار ابتاعها وكثر دينه، فقال النبى ﷺ: تصدقوا عليه، فتصدقوا عليه فلم يبلغ وفاء دينه، فقال النبى ﷺ: «خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك»(٢٧) رواه مسلم، ولأن

من يجد عين ماله فيأخذها، فإن باعه من غير حضورهم كلهم جاز، لأن ذلك مفوض إليه وموكول إلى اجتهاده فربما أداه اجتهاده إلى خلاف ذلك والمبادرة إلى البيع أقبل إحضارهم ويأمرهم أن يقيموا مناديًا ينادى على المتاع، فإن تراضوا بثقة أمضاه الحاكم، وإن لم يكن ثقة رده، **فإن قيل:** لم يرده وقد اتفق عليه أصحاب الحق فأشبه ما لو اتفق المرتهن والراهن على أن يبيع الرهن غير ثقة لم يكن للحكام الاعتراض؟ **قلنا:** الحاكم ههنا له نظر واجتهاد، لأنه قد يظهر غريم آخر فيتعلق حقه به بخلاف الرهن، فإنه لا نظر للحاكم فيه، فإن اختار المفلس رجلاً واختار الغرماء آخر أقر الحاكم الثقة منهما، فإن كانا ثقتين قدم المتطوع منهما، لأنه أوفر، فإن كانا متطوعين ضم أحدهما إلى الآخر، وإن كانا بجعل قدم أوثقهما وأعرفهما، فإن تساويا قدم من يرى منهما فإن وجد متطوعًا بالنداء وإلا دفعت الأجرة من مال المفلس، لأن البيع حق عليه لكونه طريق وفاء دينه، وقيل يدفع من بيت المال، لأنه من المصالح، وكذلك الحكم فى أجر من يحفظ المتاع والثمن وأجر الحمالين ونحوهم، ويستحب بيع كل شىء فى سوقه، لأنه أحوط وأكثر لطلابه ومعرفة قيمته، فإن باع فى غير سوقه بثمن المثل جاز، لأن الغرض تحصيل الثمن وربما أدى الاجتهاد إلى أنه أصلح، ولهذا لو قال: بع ثوبى بثمن كذا فى سوقه عينه، فباعه بذلك فى غيره جاز وبيع بنقد البلد، لأنه أصلح، فإن كان فى البلد نقود باع بغالبها فإن تساوت باع بجنس الدين، فإن زاد فى السلعة أحد فى مدة الخيار لزم الأمين الفسخ، لأنه أمكنه بيعه بثمن فلم يبعه بدونه كما لو زيد فيه قبل العقد وإن زاد بعد لزوم العقد استحب للأمين سؤال المشترى الإقالة واستحب للمشترى الإجابة لتعلقه بمصلحة المفلس وقضاء دينه.

18- مسألة: (ويترك له من ماله ما تدعو إليه حاجته من مسكن وخادم).

لا تباع دار المفلس التى لا غنى له عن سكناها، وبه قال أبو حنيفة وإسحاق، والخادم

---

(٢٦) تقدم برقم (٣٢) مسألة (٧٧٩).

(٢٧) ذكره المنذرى فى الإجماع (ص ١١٠).

هذا تكسب للمال، فلم يجبره عليه كقبول الهبة والصدقة، وكما لا تجبر المرأة على التزويج لتأخذ المهر، **والثانية**: يجبر على الكسب، وهو قول عمر بن عبد العزيز وسوار العنبرى، وإسحاق لأن النبى ﷺ باع سُرَّقًا فى دينه، وكان سُرَّقٌ رجلاً دخل المدينة، وذكر أن وراءه مالاً فداينه الناس فركبته ديون ولم يكن وراءه مال فسماه سرقًا وباعه بخمسة أبعرة(٢٨)، والحر لا يباع، ثبت أنه باع منافعه ولأن المنافع تجرى مجرى الأعيان فى صحة العقد عليها وتحريم أخذ الزكاة وثبوت الغنى بها فكذلك فى وفاء الدين منها، ولأن الإجارة عقد معاوضة فجاز إجباره عليها كبيع ماله فى وفاء الدين منها، ولأنها إجارة لما يملك إجارته فيجبر عليها فى

فى معنى الدار إذا كان محتاجًا إليه، وقال شريح ومالك والشافعى: تباع ويكترى له بدلها، واختاره ابن المنذر، لأن النبى ﷺ قال فى الذى أصيب فى ثمار ابتاعها فكثر دينه فقال لغرمائه: «خذوا ما وجدتم» وهذا مما وجدوه، ولأنه عين مال المفلس فوجب صرفه فى دينه كسائر ماله، ولنا أن هذا مما لا غنى للمفلس عنه فلم يصرف فى دينه كثيابه وقوته والحديث قضية فى عين يحتمل، أنه لم يكن له عقار ولا خادم، ويحتمل أن النبى ﷺ قال: «خذوا ما وجدتم» مما تصدق به عليه والظاهر أنه لم يتصدق عليه بدار وهو يحتاج إلى سكناها ولا خادم وهو محتاج إلى خدمته، ولأن الحديث مخصوص بثياب المفلس وقوته فنقيس عليه محل النزاع، وقياسهم منتقض بذلك وبأجر المسكن وسائر ما له يستغنى عنه بخلاف مسألتنا، فإن كان له داران يستغنى بإحداهما بيعت الأخرى، لأن به غنى عن سكناها، وإن كان مسكنه واسعًا يفضل عن سكنى مثله بيع واشترى له مسكن مثله ورد الفضل على الغرماء، وكذلك الثياب التى له إذا كانت رفيعة لا يلبس مثله مثلها.

فصل: فإن كان المسكن والخادم الذى لا يستغنى عنهما عين مال بعض الغرماء أو كان جميع ماله أعيان أموال أفلس بأثمانها ووجدها أصحابها فلهم أخذها بالشرائط المذكورة لقول النبى ﷺ: «من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به» ولأن حقه تعلق بالعين فكان أقوى سببًا من المفلس، ولأن الإعسار بالثمن سبب يستحق به الفسخ فلم يمنع منه تعلق حاجة المشترى كما قبل القبض وكالعيب والخيار، ولأن منعهم من أخذ أموالهم يفتح باب الحيل بأن يشترى من لا مال له فى ذمته ثيابًا يلبسها ودارًا يسكنها، أو خادمًا يخدمه وفرسًا يركبها وطعامًا له ولعائلته ويمتنع على أربابها أخذها لتعلق حاجته بها فتضيع أموالهم ويستغنى هو بها، فعلى هذا يؤخذ ذلك ولا يترك له منه شىء، لأنه أعيان أموال الناس فكانوا أحق بها منه كما لو كانت فى أيديهم أو أخذها منهم غصبًا.

19- مسألة: (وينفق عليه بالمعروف إلى أن يفرغ من قسمته بين غرمائه).

وجملة ذلك، أنه حجر على المفلس، فإن كان ذا كسب يفى بنفقته ونفقة من تلزمه مؤنته

---

(٢٨) أخرجه الحاكم (٢/ ٥٤) وقال: حديث صحيح على شرط البخارى، ولم يخرجاه ووافقه الذهبى.

وفاء دينه، كإجارة أم ولده ولأنه قادر على وفاء دينه فلزمــه، كمالك ما يقدر على الوفاء منه، **فـإن قـيل:** حديث سرق منســوخ بدليل أن الحر لا يباع، والبيع وقع على رقـبته بدليل أن فى الحديث أن الغرماء قالوا لمشتريه: ما تصنع بـه؟ قال أعتقه، قالوا: لسنا بأزهد منك فى إعتاقه فأعتـقوه، **قلـنا:** هذا إثبات النسخ بالاحتمال ولا يجـوز ولم يثبت أن بيع الحر كان جائزًا فى شريعتنا، وحمل لفظ بيـعه على بيع منافعه أسهل من حمله على بيع رقبتـه المحرم فإن حذف المضاف وإقـامة المضاف إليـه مقامه سـائغ كثير فى القـرآن وفى كلام العرب كقـوله تعالى: ﴿وَأُشْرِبُوا فِي قُلُوبِهِمُ الْعِجْلَ﴾ (البقرة: ٩٣) ﴿وَلَكِنَّ الْبِرَّ مَنْ آمَنَ بِاللَّهِ﴾ (البقرة: ١٧٧) ﴿وَاسْأَلِ الْقَرْيَةَ﴾ (يوسف: ٨٢) وغير ذلك، وكذلك قوله أعتقه أى من حقى عليه، وكذلك قال: فاعتقوه

فهى فى كسـبه، فإنه لا حاجة إلى إخراج مـاله مع غناه بكسبه فلم يجز كـالزيادة على النفقة، وإن كان كسبه دون نفقته كملت من ماله، وإن لم يكن ذا كسب أنفق عليه من ماله مدة الحجر وإن طال، لأن ملكه باق، وقد قال النبى: «ابدأ بنفسك ثم بمن تعـول» ومعلوم أن فيمن يعوله من تجب عليه نفـقته ويكون دينًا عليـه وهى زوجته، فـإذا قدم نفقة نفـسه على نفقـة الزوجة فكذلك على حق الغرماء، ولأن تجهيز المـيت يقدم على دينه بالاتفاق، والحى آكد حرمة من الميت، لأنه مضمون بالإتلاف، ويقدم أيضًا نفقـة من تلزمه نفقته من أقاربه مثل الوالد والولد وغيرهم مـمن تجب نفقته، لأنهم يجرون مجـرى نفسه فى كون ذوى رحمه منهم يـعتقون إذا ملكهم كما يعتق إذا ملك نفسـه فكانت نفقتهم كنفقته، وكذلك نفقة زوجتـه، لأن نفقتها آكد من نفقـة الأقارب، ومـمن أوجب الإنفاق على المـفلس وزوجتـه وأولاده أبو حنيفـة ومالك والشافعى ولا نعلم فيه خلافًا، وتجب كسوتهم، لأن ذلك مما لا بد منه، والواجب من النفقة والكسوة أدنى ما ينفق على مثله بالمعروف وأدنى ما يكتسى مثله، وكذلك كسوته من جنس ما يكتسبه مثله، وكسوة امرأته ونفقتها مثل ما يفرض على مثله، وأقل ما يكفيه من اللباس قميص وسراويل وشىء يلبسه على رأسـه قلنسوة أو عمامة أو غيرهما ممـا جرت عادته ولرجله حذاء إن كان يعتـاده، وجبة أو فروة فى الشتاء لـدفع البرد، فإن كانت له ثياب لا يلبس مـثله مثلها بيعت واشترى له كسـوة مثله ورد الفضل على الغرماء، فإن كانت إذا بيـعت واشترى له كسوة مثله لا يفضل منها شىء تركت لعدم الفائدة فى بيعها.

فـصل: وإن مات المفلس كفن من ماله، لأن نفقته كانت واجبة من ماله فى حال حياته فوجب تجهيزه منه بعد الموت كـغيره، وكذلك يجب كفن من يمونه، لأنهم بمنزلته ولا يلزم كفن زوجته، لأن نفقتها تجب فى مقابلة الاستـمتاع وقد فات بموتها فسقطت بخلاف الأقارب فإن قرابتـهم باقية، ويلزمه تكفين من مـات من عبيده وتجهـيزه، لأن نفقته ليـست فى مقابلة الانتفاع به بدليل وجوب نفـقة الصغير والمبيع قبل التـسليم، ويكفن فى ثلاث أثواب كما كان يلبس فى حياته، ويحتمل أن يكفن فى ثوب يستـره، لأنه يكفيه فلا حاجة إلى الزيادة، وفارق

يعنى الغرماء، وهم لا يملكون إلا الدين الذى عليه، وأما قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ (البقرة: ٢٨٠) فيتوجه منع كونه داخلاً تحت عمومها، فإن هذا فى حكم الأغنياء فى حرمان الزكاة وسقوط نفقته عن قريبه ووجوب نفقة قريبه عليه، وحديثهم قضية عين لا يثبت حكمها إلا فى مثلها، ولم يثبت أن لذلك الغريم كسبًا يفضل عن قدر نفقته، وأما قبول الهبة والصدقة ففيه منة ومعرة تأباها قلوب ذوى المروءات بخلاف مسألتنا، إذا ثبت هذا فلا يجبر على الكسب إلا من كسبه فضله عن نفقته ونفقة من يمونه على ما تقدم ذكره.

فصل: ولا يجبر على قبول هدية، ولا صدقة، ولا وصية ولا قرض ولا تجبر المرأة على التزوج ليأخذ مهرها، لأن فى ذلك ضررًا للحوق المنة فى الهدية والصدقة والوصية والعوض فى القرض وملك الزوج للمرأة فى النكاح ووجوب حقوقه عليها، ولو باع بشرط الخيار ثم أفلس فالخيار بحاله، ولا يجبر على ما فيه الحظ من الرد والإمضاء، لأن الفلس يمنعه من إحداث عقد أما من إمضائه وتنفيذ عقوده فلا، وإن جنى على المفلس جناية توجب المال ثبت

حال الحياة، لأنه لا بد من تغطية رأسه، وكشفه يؤذيه بخلاف الميت، ويمتد الإنفاق المذكور إلى حين فراغه من القسمة بين الغرماء، لأنه لا يزول ملكه إلا بذلك، ومذهب الشافعى قريب مما ذكرنا فى هذا الفصل.

فصل: فإن كان المفلس ذا صنعة يكسب ما يمونه ويمون من تلزمه مؤنته أو كان يقدر على أن يكسب ذلك من المباحات ما يكفيه أو يؤجر نفسه أو يتوكل بجعل يكفيه لم يترك له شىء من ماله للنفقة، وإن لم قدر على شىء مما ذكرناه ترك له من ماله قدر ما يكفيه، قال أحمد رحمه الله فى رواية أبى داود: يترك له قوت يتقوته، وإن كان له عيال ترك له قوام، وقال فى رواية الميمونى: يترك له قدر ما يقوم به معاشه ويباع الباقى وهذا فى حق الشيخ الكبير وذوى الهيئات الذين لا يمكنهم التصرف بأبدانهم، وينبغى أن يجعل مما لا يتعلق به حق بعضهم بعينه، لأن من تعلق حقه بالعين أقوى سببًا من غيره كما ذكرنا فى الدار والخادم.

فصل: وإذا تلف شىء من ماله تحت يد الأمين أو بيع شىء من ماله وأودع ثمنه فتلف عند المودع فهو من ضمان المفلس، وبهذا قال الشافعى، وقال مالك: العروض من ماله والدراهم والدنانير من مال الغرماء، وقال المغيرة: الدنانير من مال أصحاب الدنانير والدراهم من مال أصحاب الدراهم.

ولنا: أنه من مال المفلس ونماؤه له فكان تلفه فى ماله كالعروض.

20- مسألة: (ويبدأ ببيع ما يسرع إليه الفساد من الطعام الرطب).

لأن بقاءه يتلفه بيقين، ثم ببيع الحيوان، لأنه معرض للإتلاف ويحتاج إلى مؤنة فى بقائه ثم ببيع الأثاث، لأنه يخاف عليه وتناله اليد، ثم ببيع العقار آخرًا، لأنه لا يخاف تلفه، وبقاؤه أشهر له وأكثر لطلابه.

المال، وتعلقت حقوق الغرماء به، ولا يصح منه العفو عنه. ، وإن كانت موجبة للقصاص فهو مخير بين القــصاص والعفو، ولا يجبر على العفو على مــال، لأن ذلك يفوت القصاص الذى يجب لمصلحــته فإن اقتص لم يجب للغـرماء شيء، وإن عفا على مال ثبت وتـعلقت حقوق الغرماء به، وإن عفــا مطلقًا انبنى على الروايتين فى موجب العمد إن قلنا القــصاص خاصة لم يثبت شيء وسقط القــصــاص، وإن قلنا، أحد أمــرين ثبــتت له الدية، وتعلقت بهــا حقــوق الغرمــاء، وإن عفا على غــير مال فعلــى الروايتين، أيضًا، فــإن قلنا: القصاص عــينًا لم يثبت شيء، وإن قلنا: أحد الأمرين، تثبت الدية ولم يصح إسقــاطه، لأن عفوه عن القصاص يثبت له الدية، ولا يصح إســقاطها، وإن وهب هبــة بشرط الثواب ثم أفلــس فبذل له الثــواب لزمه قبوله ولم يكن له إسقاطه، لأنه أخذه على سبيــل العوض عن الموهوب، فلزمه قبوله كالثمن فى البيع، وليس له إســقاط شير من ثــمن مبيع أو أجرة فى إجــارة ولا قبضه رديئًــا ولا قبض المسلم فيه دون صفاته إلا بإذن عرمائه، ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كله كمذهبنا.

فــــصل: **إذا فرق مــال المفلس فهل ينفك عنه الحــجر بذلك، أو يحتاج إلى فك الحــجر عنه؟ فيه وجــهان: أحدهما:** يزول بقسمة ماله لأنه حــجر عليه لأجله، فإذا زال ملكه عنه زال سبب الحجر، فزال الحجر كزوال حجر المجنون لزوال جنونه، **والثــانى:** لا يزول إلا بحكم الحاكم، لأنه ثبت بحكمه، فلا يزول إلا بحكمه كالمحــجور عليه لسفه، وفارق الجنون، فإنه

21- **مــسألة:** (ويعطى المنادى أجرته من المال) .

لأن البيع حــق على المفلس لكونه طريق وفــاء دينه، وقيل هو من بيت الــمال، لأنه من المصالح.

22- **مــسألة:** (ويبدأ بالمجنى عليه فيدفع إليه الأقل من الأرش أو ثمن الجانى) .

وقد ذكرنا ذلك فى الرهن هذا إذا كان عــبده الجانى، فعلى هذا يبدأ ببيــعه وما فضل من ثمنه صرف إلى الغرماء، وإن كــان المفلس هو الجانى فالمجنى عليه أسوة الغــرماء، لأن حقه يتعلق بالذمة بخلاف جناية العبد وقد ذكرناه.

23- **مــسألة:** (ثم بمن له رهن فيخص بثمنه) .

يباع الرهن ويختص المــرتهن بثمنه إذا كان ثمنه بقدر دينه أو أقل منه ســواء كان المفلس حيّا أو ميــتًا، لأن حقه متعلق بعــين الرهن وذمة الراهن معًا وسائرهم بتعلــق حقه بالذمة دون العين فكان حقــه أقوى، لا نعلم فى هذا خلافًا، وهو مذهب الشافــعى وأصحاب الرأى، فإن كان ثمن الرهن فــضل عن دين المرتهن أعطى قــدر دينه ورد الباقى على الغرمــاء، وإن فضل شيء من دينه ضرب بالفاضل مع الغرماء.

فــــصل: **ولو باع شيــئًا أو باعه وكيله وقــبض الثمن فتلف وتعذر رده وخــرجت السلعة**

يثبت بنفسه فزال بزواله، ولأن فراغ ماله يحتاج إلى معرفة وبحث، فوقف ذلك على الحاكم بخلاف الجنون(*).

فصل: ومتى ثبت إعساره عند الحاكم لم يكن لأحد مطالبته وملازمته، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة: لغرمائه ملازمته من غير أن يمنعوه من الكسب فإذا رجع إلى بيته فأذن لهم في الدخول دخلوا معه وإلا منعوه من الدخول لقول النبي ﷺ: «لصاحب الحق اليد واللسان»(٢٩).

ولنا: أن من ليس لصاحب الحق مطالبته لم يكن له ملازمته كما لو كان دينه مؤجلاً وقول الله تعالى: ﴿فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ (البقرة: ٢٨٠) ومن وجب إنظاره حرمت ملازمته كمن دينه مؤجل والحديث فيه مقال قاله ابن المنذر ثم نحمله على الموسر بدليل ما ذكرنا فقد ثبت أن النبي ﷺ قال لغرماء الذي أصيب في ثمار ابتاعها فكثر دينه «خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك»(٣٠) رواه مسلم والترمذي، وإن فك الحجر عنه لم يكن لأحد مطالبته ولا ملازمته حتى يملك مالاً فإن جاء الغرماء عقيب فك الحجر عنه فادعوا أن له مالاً لم يلتفت إلى قولهم حتى يثبتوا سببه فإن جاءوا بعد مدة فادعوا أن في يده مالاً أو ادعوا ذلك عقيب فك الحجر وبينوا سببه أحضره الحاكم وسأله، فإن أنكر فالقول قوله مع يمينه، لأنه ما فك الحجر عنه حتى لم يبق له شيء، وإن أقر وقال: هو لفلان وأنا وكيله أو مضاربه وكان المقر له حاضراً

مستحقة ساوى المشتري الغرماء، لأن حقه لم يتعلق بعين المال فهو بمنزلة أرش جناية المفلس، وذكر القاضي احتمالاً، أنه يقدم على الغرماء، لأنه لم يرض بمجرد الذمة فكان أولى كالمرتهن، ولأنه لو لم يقدم على الغرماء لامتنع الناس من شراء مال المفلس خوفًا من ضياع أموالهم فتقل الرغبات فيه ويقل ثمنه فكان تقديم المشتري بذلك على الغرماء أنفع لهم وهذا وجه لأصحاب الشافعي.

ولنا أن هذا حق لم يتعلق بعين المال فلم يقدم كالذي جنى عليه المفلس وفارق المرتهن فإن حقه تعلق بالعين وما ذكروه من المعنى الأول منتقض بأرش جناية المفلس، **والثاني**: مصلحة لا أصل لها، فلا يثبت الحكم بها، فإن كان الثمن موجودًا يمكن رده وجب رده وينفرد به صاحبه، لأنه عين ماله لم يتعلق به حق أحد من الناس، وكذلك صاحب السلعة المستحقة لأخذها، ومتى باع وكيل المفلس أو العدل أو باع الرهن وخرجت السلعة مستحقة، فالعهدة على المفلس ولا شيء على العدل، لأنه أمين.

(*) في هـ «المجنون».

(٢٩) أخرجه الدارقطني (٣/ ٣٣/ ح ١٣٣) والبيهقي في السنن (٦/ ٣٩) والحاكم (٢/ ٥١) وقال الألباني في إرواء الغليل (١٤٠٦) مرسل.

(٣٠) ذكره المنذري في الإجماع (ص ١١٠).

سأله الحاكم فإن صدقه فهو له، ويستحقه الحاكم، لجواز أن يكونا تواطآ على ذلك ليدفع المطالبة عن المفلس، وإن قال: ما هو لى عرفنا كذب المفلس فيصير كأنه قال المال لى فيعاد الحجر عليه إن طلب الغرماء ذلك، وإن أقر لغائب أقر فى يديه حتى يحضر الغائب ثم يسأل كما حكمنا فى الحاضر، ومتى أعيد الحجر عليه لديون تجددت عليه شارك غرماء الحجر الأول غرماء الحجر الثانى، إلا أن الأولين يضربون ببقية ديونهم والآخرين يضربون بجميعها، وبهذا قال الشافعى، وقال مالك: لا يدخل غرماء الحجر الأول على هؤلاء الذين تجددت حقوقهم حتى يستوفوا، إلا أن تكون له فائدة من ميراث أو يجنى عليه جناية فيتحاص الغرماء فيه.

ولنا: أنهم تساووا فى ثبوت حقوقهم فى ذمته فتساووا فى الاستحقاق كالذين تثبت حقوقهم فى حجر واحد وكتساويهم فى الميراث وأرش الجناية ولأن مكسبه مال له فتساووا فيه كالميراث.

٨٠٧- **مسألة:** قال: **(ومن وجب عليه حق فذكر أنه معسر به حبس إلى أن يأتى ببينة تشهد بعسرته).**

وجملته: أن من وجب عليه دين حال فطولب به ولم يؤده نظر الحاكم فإن كان فى يده مال ظاهر أمره بالقضاء، فإن ذكر أنه لغيره فقد ذكرنا حكمه فى الفصل الذى قبل هذا وإن لم يجد له مالاً ظاهرًا فادعى الإعسار فصدقه غريمه لم يحبس ووجب إنظاره ولم تجز ملازمته

فصل: ومن استأجر دارًا أو بعيرًا بعينه أو شيئًا غيرهما بعينه ثم أفلس المؤجر فالمستأجر أحق بالعين التى استأجرها من الغرماء حتى يستوفى حقه، لأن حقه متعلق بعين المال، والمنفعة مملوكة له فى هذه المدة فكان أحق بها كما لو اشترى منه شيئًا، فإن هلك البعير أو انهدمت الدار قبل انقضاء المدة انفسخت الإجارة ويضرب مع الغرماء ببقية الأجرة، وإن استأجر جملاً فى الذمة ثم أفلس المؤجر، فالمستأجر أسوة الغرماء، لأن حقه لم يتعلق بالعين، وهذا مذهب الشافعى، ولا نعلم فيه خلافًا، وإن أجر دارًا ثم أفلس فاتفق الغرماء والمفلس على البيع قبل انقضاء مدة الإجارة فلهم ذلك ويبيعونها مستأجرة فإن اختلفوا قدم قول من طلب البيع فى الحال، لأنه أحوط من التأخير، فإذا استوفى المستأجر سلم المشترى فإن اتفقوا على تأخير البيع حتى تنقضى مدة الإجارة فلهم ذلك، لأن الحق لا يخرج عنهم.

فصل: ولو باع سلعة ثم أفلس قبل تقبيضها فالمشترى أحق بها من الغرماء، سواء كانت من المكيل والموزون أو لم تكن، لأن المشترى قد ملكها وثبت ملكه فيها فكان أحق بها كما لو قبضها، ولا فرق بين ما قبل قبض الثمن وبعده، وإن كان عليه سلم فوجد المسلم الثمن قائمًا، فهو أحق به، لأنه وجد عين ماله وإن لم يجده فهو أسوة الغرماء، لأنه لم يتعلق حقه بعين ماله ولا يثبت ملكه فيه ويضرب مع الغرماء بالمسلم فيه، لأنه الذى يستحقه دون الثمن،

لقول الله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ (البقرة: ٢٨٠) ولقول النبى ﷺ لغرماء الذى كثر دينه «خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك»(٣١) ولأن الحبس إما أن يكون لإثبات عسرته أو لقضاء دينه، وعسرته ثابتة والقضاء متعذر فلا فائدة فى الحبس، وإن كذبه غريمه فلا يخلو إما أن يكون عرف له مال أو لم يعرف، فإن عرف له مال لكون الدين ثبت عن معاوضة كالقرض والبيع أو عرف له أصل مال سوى هذا، فالقول قول غريمه مع يمينه، فإذا حلف أنه ذو مال حبس حتى تشهد البينة بإعساره، قال ابن المنذر(٣٢): أكثر من نحفظ عنه من علماء الأمصار وقضاتهم يرون الحبس فى الدين منهم مالك والشافعى وأبو عبيد والنعمان وسوار وعبيد الله بن الحسن، وروى عن شريح والشعبى وكان عمر بن عبد العزيز يقول: يقسم ماله بين الغرماء ولا يحبس، وبه قال عبد الله بن جعفر والليث بن سعد.

ولنا أن الظاهر قول الغريم، فكان القول قوله كسائر الدعاوى فإن شهدت البينة بتلف ماله قبلت شهادتهم سواء كانت من أهل الخبرة الباطنة أو لم تكن، لأن التلف يطلع عليه أهل الخبرة وغيرهم، وإن طلب الغريم إحلافه على ذلك لم يجب إليه، لأن ذلك تكذيب للبينة وإن شهدت مع ذلك بالإعسار اكتفى بشهادتها وثبتت عسرته، وإن لم تشهد بعسرته وإنما شهدت بالتلف لا غير وطلب الغريم يمينه على عسره، وأنه ليس له مال آخر استحلف على ذلك لأنه غير ما شهدت به البينة، وإن لم تشهد بالتلف، وإنما شهدت بالإعسار لم تقبل

فإن كان فى المال جنس حقه أخذ منه بقدر ما يستحقه، وإن لم يكن فيه جنس حقه عزل له قدر حقه فيشترى به المسلم فيه فيأخذه، وليس له أن يأخذ المعزول بعينه لئلا يكون بدلا عما فى الذمة من المسلم فيه، وذلك لا يجوز لقول النبى ﷺ: «من أسلف فى شىء فلا يصرفه إلى غيره» فإن أمكن أن يشترى بالمعزول أكثر مما قدر له لرخص المسلم فيه اشترى له بقدر حقه ورد الباقى على الغرماء.

مثاله رجل أفلس، وله دينار، وعليه لرجل دينار، ولآخر قفيز حنطة من سلم قيمته دينار، فإنه يقسم دينار المفلس نصفين لصاحب السلم نصفه، فإن رخصت الحنطة فصار قيمة القفيز نصف دينار تبينًا أن حقه مثل نصف حق صاحب الدينار فلا يستحق من دينار المفلس إلا ثلثه يشترى له به ثلثا قفيز فيأخذه ويرد سدس الدينار على الغريم الآخر، وإن غلا المسلم فيه فصار قيمة القفيز دينارين تبينا أنه يستحق مثلى ما يستحقه صاحب الدينار فيكون له من دينار المفلس ثلثاه فيشترى له بالنصف المعزول ويرجع على الغريم بسدس دينار يشترى له به أيضًا، لأن المعزول ملك للمفلس وإنما للغريم قدر حقه، فإن زاد فللمفلس، وإن نقص فعليه.

24- مسألة: (ثم بمن له عين مال يأخذها بالشروط المذكورة).

وقد ذكرنا ذلك ثم يقسم الباقى بين باقى الغرماء على قدر ديونهم لتساويهم فى

---

(٣١) انظر الحديث السابق.

(٣٢) ذكره ابن المنذر فى الإجماع (ص ١١٤/ ٥٤٢).

الشهادة إلا من ذى خبـرة باطنة ومعرفة متقادمة، لأن هذا من الأمـور الباطنة لا يطلع عليه فى الغالب إلا أهل الخـبرة والمـخالطة، وهذا مذهب الشـافعى، وحكى عن مـالك أنه قال: لا تسمع البينة على الإعسار، لأنها شهادة على النفى فلم تسمع كالشهادة على أنه لا دين عليه.

ولنا: ما روى قبيصة بن المخارق أن النبـى ﷺ قال له: «يا قُبيصَة إنَّ المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاثة: رجل تحمل حـمالة فحلت المسألة حـتى يصيبها ثم يمـسك، ورجل أصابته جائحة فـاجتاحت ماله فـحلت له المسألة حتـى يصيب قوامًا من عيـش ـ أو قال: سدادًا من عيش ـ ورجل أصابته فاقة حتى يقول ثلاثة من ذوى الحـجى من قومه: لقد أصابت فلانًا فاقة فحلت له المسألة حتى يصيب قوامًا من عيش ـ أو قال: سدادًا من عيش»(٣٣) رواه مسلم وأبو داود، وقولهم: إن الشـهادة على النفى لا تقبل قلنا: لا ترد مطلـقًا، فإنه لو شهـدت البينة أن هذا وارث الميت لا وارث له سواه قبلت ولأن هذه، وإن كانت تتضمن النفى فهى تثبت حالة تظهر ويوقف عليها بالمشاهدة بخلاف مـا إذا شهدت أنه لا حق له فإن هذا مما لا يوقف عليه ولا يشهد به حال يتوصل بـها إلى معرفته به بخلاف مسألتنا، وتسـمع البينة فى الحال، وبهذا قال الشافعى، وقـال أبو حنيفة لا تسمع فى الحال ويحبس شـهرًا، وروى ثلاثة أشهر، وروى أربعة أشهر حتى يغلب على ظن الحاكم أنه لو كان له مال لأظهره.

ولنا أن كل بينة جاز سماعهـا بعد مدة جاز سماعها فى الحال كـسائر البينات، وما ذكروه لو كان صـحيحـًا لأغنى عن البينة، فـإن قال الغـريم: احلفوا لى مع يمينـه أنه لا مال له لم

الاستحقاق، فإن كانت ديونهم من جنس الأثمان أخذوها، وإن كان فيه من دينه من غير جنس الأثمان كالقرض لغير الأثمان فرضى أن يأخـذ عوض حقه من الأثمان جاز، وإن امتنع وطلب جنس حقـه اشتـرى له بحصـته من الثمن من جـنس دينه، ولو أراد الغريم الأخـذ من المال المجموع، وقال المفلس: لا أقضيك إلا من جنس دينك قدم قول المفلس، لأن هذه معاوضة فلا تجوز إلا بتراضيهما.

25- مسألة: (فإن كان فيهم من له دين مؤجل لم يحل وعنه أنه يحل فيشاركهم).

لا يحل الدين المـؤجل بفلس من هـو عليه، ذكـره القـاضى رواية واحـدة، وحكى أبو الخطاب فيه رواية أخرى: أنه يحل، وهو قول مالك، وعن الشافعى كالمذهبين، واحتجوا بأن الإفلاس يتعلق به الدين بالمال فأسقط الأجل كالموت.

ولنا أن الأجل حق للمفلس فلا يسـقط بفلسه كسائر حقـوقه، ولأنه لا يوجب حلول ماله فلا يوجب حلول ما عليه كالجنون والإغـماء، ولأنه دين مؤجل على حى فلم يحل قبل أجله كغير المفلس، والأصل المقيس عليه ممنـوع، وإن سلم فالفرق بينهما أن ذمته خربت بخلاف

---

(٣٣) أخرجه الدارقطنى (٣/ ٣٣/ ح ١٣٣) والبيهقى فى السنن (٦/ ٣٩) والحاكم (٢/ ٥١) وقال الألبانى فى إرواء الغليل (١٤٠٦) مرسل.

يستـحلف في ظاهر كلام أحمد، لأن قـال في رواية إسحاق بن إبراهيم في رجل جاء بـشهود على حق فقال الغريم استـحلفوه لا يستحلف لأن ظاهر الحديث «البـينة على المدعى واليمين على من أنكر(٣٤)، قال القاضي: سواء شهدت البينة بتلف المال أو بالإعسار وهذا أحد قولي الشافعي لأنها بينة مقبولة فلم يستحلف معها كما لو شهدت بأن هذا عبده أو هذه داره ويحتمل أن يستحلف، وهذا القول الثاني للشافعي لأنه يحتمل أن له مالاً خفي على البينة ويصح عندي إلزامه اليمين على الإعـسار فيما إذا شهدت البـينة بتلف المال وسقوطها عنه فيـما إذا شهدت بالإعسار، لأنها إذا شهدت بالتلف صار كمن لم يثبت له أصل مال أو بمنزلة من أقر له غريمه بتلف ذلك المال وادعى أن له مالاً سواه أو أنه استحـدث مالاً بعد تلفه ولو لم تقم البينة وأقر له غريمه بتلف ماله وادعى أن لـه مالاً سواه لزمته اليمين، فكذلك إذا قـامت به البينة فإنها لا تزيد على الإقرار، وإن كـان الحق يثبت عليه في غـير مقابلة مـال أخذه كأرش جناية وقيـمة متلف ومهر أو ضمان أو كفـالة أو عوض خلع إن كان امرأة وإن لم يعرف له مال حلف أنه لا مال له وخلى سبيله ولم يحـبس، وهذا قول الشافعي وابن المنذر فإن شهـدت البينة وبإعساره قبلت ولم يستـحلف معها لما تقـدم، وإن شهدت أنه كان له مال فتـلـف لم يستغن بذلك عن يمينه لما ذكرناه وكـذلك لو أقر له به غريمه، وإنما اكتفينا بيمـينه لأن الأصل عدم المال: لما روى أن النبي ﷺ قال لِحَـبَّةَ وسَوَاءٍ ابنـي خالد بن سواء: «لا تيـئسا من الرزق مـا اهتزت

المفلس إذا ثبت هذا، فإنه إذا حجر على المفلس، فـقال أصحابنا: لا يشارك أصحاب الديون المؤجلة أصـحاب الديون الحالة، ويبـقى المؤجل في الذمة إلى وقت حلوله، فـإن لم يقسم الغرماء حتى حل الدين شارك الغرماء كما لو تجدد على المفلس دين بجنايته، فإن أدرك بعض المال قبل قسمـته شاركهم فيه بجميع دينه، ويضرب مع باقي الغـرماء ببقية ديونهم، وإن قلنا يحل الدين فهو كأصحاب الديون الحالة سواء.

26- مسألة: (ومن مات وعليه دين مؤجل لم يحل إذا وثق الورثة وعنه أنه يحل).

اختلفت الرواية في حلول الدين بـالموت على من هو عليه، فروى أنه لا يحـل، اختاره الخرقي بـشرط أن يوثق الورثة، وهو قـول ابن سيرين وعـبيـد الله بن الحسن وإسـحاق وأبي عبيـد، والرواية الأخرى أنه يحل بالموت، وبه قـال الشعبي والنخعي وسـوار ومالك والثوري والشـافعي وأصـحاب الرأي، لأنه لا يـخلو إما أن يبـقى في ذمة الـميت أو الورثة أو يتـعلق بالمال، لا يجوز بـقاؤه في ذمة الميت لخرابهـا وتعذر مطالبته بهـا ولا ذمة الورثة، لأنهم لم يتلزموها ولا رضي صـاحب الدين بذممـهم، وهي مختلفـة متبـاينة، ولا يجوز تعليـقه على الأعيان وتأجيله، لأنه أضرر بالميت وصاحب الدين ولا نفع للورثة فيه، أما الميت فلأن النبي

---

(٣٤) أخرجه البخاري (٥/ ح ٢٥١٤/ فتح) بلفظ: أن النبي ﷺ قـضى أن اليمين على المدعى، ومسلم (٣/ أقضية/ ١٣٣٦/ ح ٢) وابن ماجه (٢/ ح ٢٣٢١) بلفظ: لكن اليمين على المدعى عليه.

رءوسكما فإن ابن آدم يخلق وليس له إلا قـشرتاه ثم يرزقه الله تعالى»(٣٥) قـال ابن المنذر: الحبس عـقوبة ولا نعلم له ذنبًـا يعاقب به والأصل عدم مـاله، بخلاف المسـألة الأولى، فإن الأصل ثبوت ماله فيحبس حتى يعلم ذهابه، والخرقى لم يفرق بين الحالين لكنه يحمل كلامه على ما ذكرنا لقيام الدليل على الفرق.

فـصل: إذا امتنع الموسر من قضاء الدين فلغريمه ملازمته ومطالبته والإغلاظ له بالقول، فيـقول يا ظالم يا مـعتـدى ونحو ذلك، لقـول رسول الله ﷺ: «لى الواجـد يحل عقـوبته وعـرضـه»(٣٦) فعقوبتـه حبسه وعرضه أى يحل القول فى عـرضه بالإغلاظ له، وقال النبى ﷺ: «مطل الغنى ظلم»(٣٧) وقال: «إن لصاحب الحق مقالاً»(٣٨).

ﷺ قال: «الميت مرتهن بدينه حتى يقضى عنه» وأما صاحبه فيتأخر حقه، وقد تتلف العين فيسقط حقه، وأما الورثة فإنهم لا ينتفعون بالأعيان ولا يتصرفون فيها، وإن حصلت لهم منفعة فلا يسقط حظ الميت وصاحب الدين لمنفعة لهم.

ولنا: ما ذكـرنا فى المفلـس، ولأن الموت ما جـعل مبطلاً للحـقوق وإنمـا هو ميـقات للخلافة وعلامة على الوراثة، وقد قال النبى ﷺ: «من ترك حقًا أو مالاً فلورثته» وما ذكروه إثبات حكم بالمصلحة المـرسلة لم يشهد لها شاهد الشرع باعتـبار، فعلى هذا يبقى الدين فى ذمة الميت كما كان، ويتعلق بعين ماله كتـعلق حقوق الغرماء بمال المفلس عند الحجر عليه، فإن أحب الورثة التزام أداء الدين ويتصـرفون فى المال لم يكن لهم ذلك إلا أن يرضى الغريم أو يوثقوا الحق بضمـين ملىء أو رهن يثق به لوفاء حقه فإنهـم قد لا يكونون أملياء ولم يرض بهم الغـريم فيؤدى إلى فـوات الحق، وذكر القـاضى: أن الحق ينتقل إلى ذمم الـورثة بموت موروثهم من غيـر أن يشترط التزامهم له فـلا ينبغى أن يلزم الإنسان دين لا يلتزمـه ولم يتعاط سبـبه ولو لزمهم ذلك بموت مـوروثهم للزمهم، وإن لم يخلف وفـاء، فإن قلنا: الدين يحل بالموت فأحب الورثة القضاء من غير التـركة فلهم ذلك، وإن اختاروا القضاء منها فلهم ذلك،

---

(٣٥) أخرجه البيـهقى فى السنن (٦/ ٤٠) والدارقطنى (٣/ ٣٢/ ح ١٢٣) وفيه أحمد بن مـحمد بن غالب وهو غلام خليل كذبًا يضع الحديث، وأيضًا عبد الكريم بن روح ضعفه الدارقطنى.

(٣٦) أخرجـه البخارى (مـعلقًا/ ٥/ ٧٤/ فتح) وأبو داود (٣/ ح ٣٦٢٨) وابن مـاجه (٢/ ح ٢٤٢٧) من حديث عمرو بن الشريد عن أبيه، والنسائى (٧/ ح ٤٧٠٣).

(٣٧) أخرجـه البخـارى (٤/ ح ٢٢٨٧/ فتح) ومـسلم (٣/ مسـاقاة/ ١١٩٧/ ح ٣٣) وأبو داود (٣٣٤٥) والترمذى (٣/ ح ١٣٠٨) والنسائى (٧/ ح ٤٧٠٥) وابن ماجه (٢/ ح ٢٤٠٤) والدارقطنى فى سننه (٢/ ح ٢٥٨٦) وأحـمد فـى مسنده (٢/ ٢٦٠، ٣٨٠) ومـالك فى المـوطأ (٢/ ٦٧٤) والحـديث إسناده صحيح.

(٣٨) أخرجه البـخارى (٤/ ح ٢٣٠٦/ فتح) ومسلـم (٣/ مساقاة/ ١٢٢٥/ ح ١٢٠) وأحـمد فى مسنده (٦/ ٢٦٨).

٨٠٨- **مسألة:** قال: (وإذا مات فتبين أنه كان مفلسًا لم يكن لأحد من الغرماء أن يأخذ عين ماله).

هذا الشرط الخامس لاستحقاق استرجاع عين المال من المفلس، وهو أن يكون حيًا، فإن مات فالبـائع أسوة الغرماء سواء علم بفـلسه قبل الموت فحـجر عليه ثم مات أو مات فـتبين فلسه، وبهذا قال مـالك وإسحاق، وقال الشافعى: له الفسخ واسـترجاع العين، لما روى ابن خَلْدَةَ الزُّرَقى قاضى الـمدينة قال: أتينا أبا هريرة فى صـاحب لنا قد أفلس، فـقال أبو هريرة: هذا الذى قضى فيه رسول الله ﷺ: «أيما رجل مات أو أفلس فـصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه»(٣٩) رواه أبو داود وابن ماجه، واحتجوا بعموم قوله ﷺ: «من أدرك متاعه بعينه عند رجـل أو إنسان قد أفلس فـهو أحق به»(٤٠) ولأن هذا العقد يلحقـه الفسخ بالإقالة فجاز فسخه لتعذر العوض كما لو تعذر المـسلم فيه ولأن الفلس سبب لاستحقاق الفسخ فجاز الفسخ به بعد الموت كالعيب.

ولنا: مـا روى أبو بكر بن عبـد الرحمن بن الحـارث بن هشـام عن أبى هريرة عن النبى ﷺ فى حديث المفلس «فإن مات فصاحب المتاع أسوة الغرماء»(٤١) رواه أبو داود، وروى أبو اليـمـان عن الزبيدى عـن الزهرى عن أبى سلمـة عن أبى هريرة قـال: قال رسـول الله ﷺ: «أيما امـرئ مات وعنده مال امرئ بعـينه، اقتضى من ثمنه شـيئًا أو لم يقتض، فـهو

وإن امتنعوا من القضـاء باع الحاكم من التركة ما يقضى به الدين، وإن مـات مفلس وله غرماء بعض ديونهم مؤجلة، قلنا: يحل المؤجل بالموت اقتسموا التركة على قدر ديونهم، وإن قلنا: لا يحل فأوثق الورثة لصاحب المـؤجل اختص أصحاب الحال بالتـركة، وإن امتنع الورثة من التوثيق حل دينه، وشارك أصحاب الحال لئلا يفضى إلى إسقاط دينه بالكلية.

فـصـل: وذكر بعض أصحـابنا فيمن مات وعليه دين: هل يمنـع الدين نقل التركة إلى الورثة؟ روايتين **إحداهـما:** لا يمنعه للخبر المذكور، ولأن تعلق الدين بالمال لا يزيل الملك فى العبد الجانى والرهن والمفلس فلم يمنع نقله، فـعلى هذا إن تصرف الورثة فى التركة ببيع أو غيره صـح تصرفهم ولزمهم أداء الدين، فـإن تعذر وفاؤه فسخ تصـرفهم كما لو باع الـسيد عبـده الجانى **والثانـية:** يمنع نقل التركة إليهم لقول الله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ (النسـاء: ١١) فجعل التركة للوارث بعد الدين والوصيـة فلا يثبت لهم الملك قبلهما، فعلى هذا لا يصح تصرف الورثة. لأنهم تصرفوا فى غير ملكهم إلا أن يأذن لهم الغرماء، وإن تصرف الغرماء لم يصح إلا بإذن الورثة.

---

(٣٩) أخرجه أبو داود (٣/ ح ٣٥١٩) وابن ماجه (٢/ ح ٢٣٥٨) وصححه الألبانى، وإسناده صحيح.

(٤٠) تقدم برقم (٨) مسألة (٨٠٠).

(٤١) أخرجه أبو داود (٣/ ح ٣٥٢٠) وإسناده صحيح.

أسوة الغرماء»(٤٢) رواه ابن ماجه، ولأنه تعلق به حق غير المفلس والغرماء وهم الورثة فأشبه المرهون، وحديثهم مجهول الإسناد قال ابن المنذر، قال ابن عبد البر: يرويه أبو المعتمر عن الزرقى، وأبو المعتمر غير معروف بحمل العلم، ثم هو غير معمول به إجماعًا، فإنه جعل المتاع لصاحبه بمجرد موت المشترى من غير شرط فلسه ولا تعذر وفائه ولا عدم قبض ثمنه.

والأمر بخلاف ذلك عند جميع العلماء إلا ما حكى عن الإصطخرى(٤٣)، من أصحاب الشافعى، أنه قال: لصاحب السلعة أن يرجع فيها إذا مات المشترى، وإن خلف وفاء وهذا شذوذ عن أقوال أهل العلم وخلاف للسنة لا يعرج على مثله، وأما الحديث الآخر فنقول به، وإن صاحب المتاع أحق به إذا وجده عند المفلس، وما وجده فى مسألتنا عنده إنما وجده عند ورثته فلا يتناوله الخبر، وإنما يدل بمفهومه على أنه لا يستحق الرجوع فيه ثم هو مطلق وحديثنا يقيده وفيه زيادة، والزيادة من الثقة مقبولة، ويفارق حالة الحياة حال الموت لأمرين: أحدهما: أن الملك فى الحياة للمفلس وههنا لغيره، والثانى: أن ذمة المفلس خربت ههنا خرابًا لا يعود فاختصاص هذا بالعين يستضر به الغرماء كثيرًا بخلاف حالة الحياة.

٨٠٩- **مسألة:** قال: (ومن أراد سفرًا وعليه حق يستحق قبل مدة سفره فلصاحب الحق منعه).

27- **مسألة:** (وإن ظهر له غريم بعد قسم ماله رجع على الغرماء بقسطه).

وبهذا قال الشافعى، وحكى عن مالك، وحكى عنه: لا يحاصهم، لأنه نقض لحكم الحاكم.

ولنا: أن غريم يقاسمهم لو كان حاضرًا، فإذا ظهر بعد ذلك قاسمهم كغريم الميت يظهر بعد قسم ماله، وليس قسم الحاكم ماله حكمًا، إنما هو قسمة بأن الخطأ فيها فأشبه ما لو قسم أرضًا بين شركاء ثم ظهر شريك آخر وقسم الميراث ثم ظهر وارث سواه.

فصل: ولو أفلس وله دار مستأجرة فانهدمت بعد قبض المفلس الأجرة انفسخت الإجارة فيما بقى من المدة وسقط من الأجرة بقدر ذلك، ثم إن وجد عين ماله أخذ منه بقدر ذلك، وإن لم يجده ضرب مع الغرماء بقدره، وإن كان ذلك بعد قسم ماله رجع على الغرماء بحصته، لأن سبب وجوبه قبل الحجر، ولذلك يشاركهم إذا وجب قبل القسمة، ولو باع سلعة وقبض ثمنها ثم أفلس فوجد بها المشترى عيبًا فردها به أو ردها بخيار أو اختلاف فى الثمن ونحوه ووجد عين ماله أخذها، لأن البيع لما انفسخ زال ملك المفلس عن الثمن كزوال ملك المشترى عن المبيع، وإن كان بعد تصرفه فيه شارك المشترى الغرماء.

---

(٤٢) أخرجه ابن ماجه (٢/ ح ٢٣٦) وإسناده صحيح، وانظر الإرواء (٥/ ٢٧١).

(٤٣) أبو سعيد الحسن بن أحمد بن يزيد الإصطخرى أحد الرفعاء أصحاب الوجوه فى مذهب الشافعى، توفى ببغداد سنة ثمان وعشربن وثلاثمائة. طبقات الشافعية الكبرى (٣/ ٢١٠ - ٢٥٣)

وجملة ذلك: أن من عليه دين إذا أراد السفر وأراد غريمه منعه نظرنا، فإن كان محل الدين قبل محل قدومه من السفر، مثل أن يكون سفره إلى الحج لا يقدم إلا فى صفر ودينه يحل فى المحرم أو ذى الحجة فله منعه من السفر، لأن عليه ضرراً فى تأخير حقه عن محله، فإن أقام ضميناً مليئاً أو دفع رهناً يفى بالدين عند المحل فله السفر، لأن الضرر يزول بذلك، وأما إن كان الدين لا يحل إلا بعد محل السفر مثل أن يكون محله فى ربيع وقدومه فى صفر نظرنا فإن كان سفره إلى الجهاد فله منعه إلا بضمين أو رهن، لأنه سفر يتعرض فيه للشهادة وذهاب النفس فلا يأمن فوات الحق، وإن كان السفر لغير الجهاد فظاهر كلام الخرقى أنه ليس له منعه، وهو أحد الروايتين عن أحمد، لأن هذا السفر ليس بأمارة على منع الحق فى محله فلم يملك منعه منه كالسفر القصير وكالسعى إلى الجمعة، وقال الشافعى ليس له منعه من السفر ولا المطالبة بكفيل إذا كان الدين مؤجلاً بحال، سواء كان الدين يحل قبل محل سفره أو بعده، أو إلى الجهاد أو إلى غيره، لأنه لا يملك المطالبة بالدين فلم يملك منعه من السفر ولا المطالبة بكفيل كالسفر الآمن القصير.

ولنا: أنه سفر يمنع استيفاء الدين فى محله فملك منعه منه إن لم يوثقه بكفيل أو رهن كالسفر بعد حلول الحق، ولأنه لا يملك تأخير الدين عن محله، وفى السفر المختلف فيه تأخيره عن محله فلم يملكه كجحده.

28- مسألة: (وإن بقيت على المفلس بقية وله صنعة فهل يجبر على إيجار نفسه لقضائها؟ على روايتين).

إحداهما: لا يجبر، وهو قول مالك والشافعى، لقول الله تعالى ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ (البقرة: ٢٨٠) ولما روى أبو سعيد أن رجلاً أصيب فى ثمرة ابتاعها فكثر دينه فقال النبى ﷺ: «تصدقوا عليه» فتصدقوا عليه فلم يبلغ وفاء دينه فقال النبى ﷺ: «خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك» رواه مسلم، ولأنه تكسب للمال فلم يجبر عليه كقبول الهبة والصدقة، وكما لا تجبر المرأة على التزويج لتأخذ المهر.

والثانية: يجبر على الكسب، وهو قول: عمر بن عبد العزيز وسوار والعنبرى وإسحاق لما روى أن النبى ﷺ باع سرقاً فى دينه، وكان سرق دخل المدينة وذكر أن وراءه مالاً فداينه الناس فركبته ديون ولم يكن وراءه مال فسماه سرقاً وباعه بخمسة أبعرة، رواه الدارقطنى بمعناه من رواية خلد بن مسلم الربحى إلا أن فيه كلاماً، والحر لا يباع ثبت أنه باع منافعه، ولأن المنافع تجرى مجرى الأعيان فى صحة العقد عليها، وتحريم أخذ الزكاة وثبوت الغنى بها، فكذلك فى وفاء الدين منها، ولأن الإجارة عقد معاوضة فجاز إجباره عليه كبيع ماله، ولأنها إجارة لما يملك إجارته فيجبر عليها لوفاء دينه كإجارة أم ولده، **فإن قيل:** حديث سرق منسوخ، لأن الحر لا يباع والبيع وقع على رقبته بدليل أن فى الحديث أن الغرماء قالوا

كتاب الحجر

الحجر فى اللغة: المنع والتضييق ومنه سمى الحرام حِجرًا، قال تعالى: ﴿وَيَقُولُونَ حِجْرًا مَّحْجُورًا﴾ (الفرقان: ٢٢) أى حرامًا محرمًا، ويسمى العقل حَجرًا قال الله تعالى: ﴿هَلْ فِي ذَٰلِكَ قَسَمٌ لِّذِي حِجْرٍ﴾ (الفجر: ٥) أى عقل، سمى حجرًا لأنه يمنع صاحبه من ارتكاب ما يقبح وتضر عاقبته، وهو فى الشريعة منع الإنسان من التصرف فى ماله.

والحجر على ضربين: حجر على الإنسان لحق نفسه، وحجر عليه لحق غيره، فالحجر عليه لحق غيره كالحجر على المفلس لحق غرمائه، وعلى المريض فى التبرع بزيادة على الثلث أو التبرع بشىء لوارث لحق ورثته، وعلى المكاتب والعبد لحق سيدهما، والراهن يحجر عليه فى الرهن لحق المرتهن ولهؤلاء أبواب يذكرون فيها، وأما المحجور عليه لحق نفسه فثلاثة: الصبى، والمجنون، والسفيه، وهذا الباب مختص بهؤلاء الثلاثة والحجر عليهم حجر عام لأنهم يمنعون التصرف فى أموالهم وذممهم، والأصل فى الحجر عليهم قول الله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا﴾ (النساء: ٥) والآية التى بعدها، قال سعيد ابن جبير وعكرمة: هو مال اليتيم عندك لا تؤته إياه وأنفق عليه وإنما أضاف الأموال إلى الأولياء وهى لغيرهم لأنهم قوامها ومدبروها، وقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ﴾ يعنى اختبروهم فى حفظهم لأموالهم ﴿حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾ أى مبلغ الرجال والنساء ﴿فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا﴾ (النساء: ٦) أى أبصرتم وعلمتم منهم حفظًا لأموالهم وصلاحًا فى تدبير معايشتهم.

لمشتريه ما تصنع به؟ قال: أعتقه، قالوا: لسنا بأزهد منك فى إعتاقه فأعتقوه، **قلنا**: هذا إثبات نسخ بالاحتمال، ولا يجوز ولم يثبت أن بيع الحر كان جائزًا فى شريعتنا، وحمل بيعه على بيع منافعه أسهل من حمله على بيع رقبته المحرم، فإن حذف المضاف وإقامة المصاف إليه كثير فى القرآن وفى كلام العرب كقوله تعالى: ﴿وَأُشْرِبُوا فِي قُلُوبِهِمُ الْعِجْلَ﴾ (البقرة: ٩٣) ﴿وَاسْأَلِ الْقَرْيَةَ﴾ (يوسف: ٨٢) وغير ذلك، وكذلك قوله أعتقه أى من حقى عليه يدل على ذلك قوله فأعتقوه يعنى الغرماء، وهم لا يملكون إلاَّ الدين الذى عليه، وأما قوله تعالى: ﴿فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ فيمكن منع دخوله تحت عمومها لما ذكرنا من أنه فى حكم الأغنياء فى حرمان الزكاة وسقوط نفقته عن قريبه ووجوب نفقة قريبه عليه، وحديثهم قضية عين لا يثبت حكمها إلا فى مثلها ولم يثبت أن لذلك الغريم كسبًا يفضل عن قدر نفقته، أما قبول الهدية والصدقة فمضرة تأباها قلوب ذوى المروءات لما فيها من المنة، فعلى هذا لا يجبر على الكسب إلا من كسبه يفضل عن نفقته ونفقة من تلزمه نفقته لما تقدم.

فصل: ولا يجبر على قبول صدقة، ولا هدية، ولا وصية، ولا قرض، ولا المرأة على

٨١٠- **مسألة:** قال أبو القاسم رحمه الله: (ومن أونس منه رشد دفع إليه ماله إذا كان قد بلغ).

الكلام فى هذه المسألة فى فصول ثلاثة: **أحدها:** فى وجوب دفع المال إلى المحجور عليه إذا رشد وبلغ، وليس فيه اختلاف بحمد الله تعالى، قال ابن المنذر(*): اتفقوا على ذلك وقد أمر الله تعالى به فى نص كتابه بقوله سبحانه: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ (النساء: ٦) ولأن الحجر عليه إنما كان لعجزه عن التصرف فى ماله على وجه المصلحة حفظًا لماله عليه، وبهذين المعنيين يقدر على التصرف ويحفظ ماله فيزول الحجر لزوال سببه، ولا يعتبر فى زوال الحجر عن المجنون إذا عقل حكم حاكم بغير خلاف، ولا يعتبر ذلك فى الصبى إذا رشد وبلغ، وبهذا قال الشافعى وقال مالك: لا يزول إلا بحاكم وهو قول بعض أصحاب الشافعى، لأنه موضع اجتهاد ونظر، فإنه يحتاج فى معرفة البلوغ والرشد إلى اجتهاد فيوقف ذلك على حكم الحاكم كزوال الحجر عن السفيه.

التزويج ليأخذ مهرها، لأن فى ذلك ضررًا للحوق المنة فى الهدية والصدقة والوصية والعوض فى القرض وتملك الزوج للمرأة فى النكاح ووجوب حقوقه عليها، ولو باع بشرط الخيار ثم أفلس فالخيار بحاله ولا يجبر بحاله ولا يجبر على ما فيه الحظ من الرد والإمضاء، لأن الفلس يمنعه من إحداث عقد، أما من إمضائه وتنفيذه عقوده فلا.

فصل: وإن جنى على المفلس جناية توجب المال ثبت وتعلقت حقوق الغرماء به ولا يصح عفوه فإن كانت موجبة للقصاص فهو مخير بين القصاص والعفو ولا يجبر على العفو على مال، لأن ذلك يفوت القصاص الذى يجب لمصلحة الزجر، فإن اقتص لم يجب للغرماء شىء، وإن عفا على مال ثبت وتعلق به حقوق الغرماء، وإن عفا مطلقًا انبنى على الروايتين فى موجب العمد إن قلنا القصاص خاصة لم يثبت شىء، وإن قلنا أحد أمرين ثبتت الدية وتعلقت بها حقوق الغرماء، وإن عفا على غير مال وقلنا القصاص هو الواجب عينًا لم يثبت شىء، وإن قلنا أحد الأمرين يثبت الدية ولم يصح إسقاطه، لأن عفوه عن القصاص يثبت له الدية ولا يصح إسقاطها، وإن وهب هبة بشرط الثواب ثم أفلس فبذل له الثواب لزمه قبوله ولم يكن له إسقاطه، لأنه أخذه على سبيل العوض عن الموهوب كالثمن فى المبيع وليس له إسقاط شىء من ثمن مبيع أو أجرة إجارة ولا قبض ردىء، ولا قبض المسلم فيه دون صفاته إلا بإذن غرمائه ومذهب الشافعى فى هذا الفصل على نحو ما ذكرنا.

١- **مسألة:** (ولا ينفك عنه الحجر إلا بحكم حاكم).

لأنه ثبت بحكمه فلا يزول إلا بحكمه كالمحجور عليه لسفه، وفيه وجه آخر أنه يزول بقسمة ماله، لأنه حجر عليه لأجله فإذا زال ملكه عنه زال سبب الحجر فزال الحجر كزوال

(*) ذكره ابن المنذر فى الإجماع ص ١١٣.

ولنا: أن الله تعالى أمـر بدفع أموالهم عند البلوغ وإيناس الرشـد فاشتـراط حكم الحاكم زيادة تمنع الدفع عند وجوب ذلك بدون حكم الحاكم، وهذا خـلاف النص، ولأنه حجر بغير حكم حاكم فـيزول بغير حكـمه كالحجـر على المجنون، وبهذا فـارق السفيه، وقـد ذكر أبو الخطاب أن الحجر على السفيه يزول بزوال السفـه والأول أولى فصار الحجر منقسمًا إلى ثلاثة أقسام: قسم يزول بغير حكم حاكم وهو حجر المجنون، وقسم لا يزول إلا بحاكم وهو حجرَ السفيه، وقسم فيه الخلاف وهو حجر الصبى.

الفصل الثانى: أنه لا يدفع إليه ماله قبل وجود الأمرين: البلوغ والرشد ولو صار شيخًا. وهذا قول أكثر أهل العلم، قال ابن المنذر[1]: أكثر علماء الأمصار من أهل الحجاز والعراق والشام ومصر يرون الحجـر على كل مضيع لماله صغيراً كان أو كـبيراً، وهذا قول القاسم بن محمد بن أبى بكر الصديق، وبه قال مالك والشافعى وأبو يوسف ومحمد، وروى الجوزجانى فى كتابه قال: كان القاسم بن محمـد يلى أمر شيخ من قريش ذى أهل ومال فلا يجوز له أمر فى ماله دونه لضعف عـقله، قال ابن إسحاق: رأيتـه شيخًا يخضب وقـد جاء إلى القاسم بن

حجر المجنون لزوال جنونه والأولى أولى، وفارق الجنون فإنه يثبت بنفسه فزال بزواله بخلاف هذا، ولأن فراغ ماله يحتاج إلى معرفة وبحث فوقف ذلك على الحاكم بخلاف الجنون.

فـصـل: وإذا فك الحجر عنه فليس لأحد مطالبتـه وملازمته حتى يملك مالا، فإن جـاء الغرماء عقيب فك الحجر عنه فادعوا أن له مـالاً لم يقبل إلا ببينة، فإن جاءوا بعد مدة فادعوا أن فى يده مالاً أو ادعوا ذلك عقـيب فك الحجر عنه وبينوا سببه أحضـره الحاكم وسأله، فإن أنكر فالقـول قوله مع يمينه، لأنه ما فك الـحجر عنه حتى لم يبق له شيء وإن أقـر وقال هو لفلان وأنا وكيله أو مضاربة وكان المقر له حاضراً سـأله الحاكم فإن صدقه فهو له، ويستحلفه الحاكم لجـواز أن يكونا تواطآ على ذلك ليدفع المطالبـة عن المفلس، وإن لم يصدقـه عرفنا كذب المفلس فيصـير كأنه أقر أن المال له فيعاد الحجر عليـه إن طلب الغرماء ذلك، فإن أقر لغائب أُقر فى يديه حتى يحضر الغائب ثم يسأل كما حكمنا فى الحاضر.

2- مـسـألة: (ومتى فك عنه الحجر فلزمته ديون وظهر له مـال فحجر عليه شارك غرماء الحجر الأول غرماء الحجر الثانى).

إلا أن الأولين يضربون ببقـية ديونهم والآخرين يضربون بجمـيعها، وبهذا قـال الشافعى، وقال مالك: لا يدخل غرمـاء الحجر الأول على هؤلاء الذين تجددت حقوقهم حـتى يستوفوا إلا أن يكون له فائدة من ميراث أو يجنى عليه جناية فيتحاص الغرماء فيه، ولنا أنهم تساووا فى ثبوت حـقوقهم فى ذمـته فتـساووا فى الاستـحقاق كـالذين ثبتت حقـوقهم فى حجـر واحد وكتساويهم فى الميراث وأرش الجناية، ولأن كسبه مال له فتساووا فيه كالميراث.

---

(١) ذكره ابن المنذر فى الإجماع (ص ١١٣).

محمد فقـال: يا أبا محمد ادفع إلىَّ مالى فإنه لا يولى على مثلى، فقـال: إنك فاسد، فقال: امرأته طالق ألبتـة وكل مملوك له حر إن لم تدفع إلى مالى، فـقال له القاسم بن محـمد: وما يحل لنا أن ندفع إليك مـالك على حالك هذه، فبـعث إلى امرأته وقـال هى حرة مسلمـة وما كنت لأحبسها عليك وقد فُهْتُ بطلاقها فأرسل إليـها فأخبرها ذلك وقال: أما رقيقك فلا عتق لك ولا كرامة فحبس رقـيقه، قال ابن إسحاق: ما كان يُعـاب على رجل إلا سفهه، وقال أبو حنيفة: لا يدفعَ مـاله إليه قبل خمس وعشريـن سنة وإن تصرف نفذ تصرفه، فإذا بلغ خـمسًا وعشرين سنة فك عنه الحجـر ودفع إليه ماله لقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾ (الأنعام: ١٥٢) وها قد بلغ أشده ويصلح أن يكون جدًا، ولأنه حر بالغ عاقل مكلف فلا يحجر عليه كالرشيد.

3- مسألة: (وإن كان للمفلس حق له به شاهد فأبى أن يحلف معه لم يكن لغرمائه أن يحلفوا).

المفلس فى الدعوى كغيره فإذا ادعى حـقًا له به شاهد عدل وحلف مع شاهده ثبت المال وتعلقت به حقـوق الغرماء، وإن امتـنع لم يجبر لأننا لا نعلم صـدق الشاهد، ولو ثبت الحق بشهادته لم يحتج إلى يمين معه فلا نجبره على ما لا نعلم صدقه كغيره فإن قال الغرماء: نحن نحلف مع الشـاهد لم يكن لهم ذلك، وبهـذا قال الشـافعى فى الجـديد، وقال فى القـديم: يحلفون مـعه، لأن حقـوقهم تعلقت بالمال فكان لهـم أن يحلفوا كالورثة يحلفـون على مال موروثهم، ولنا أنهم يـثبتون ملكـًا لغيرهم لتتـعلق حقوقـهم به بعد ثبوتـه فلم يجز لهم ذلك كالمرأة تحلف لإثبات ملك زوجها لتتعلق نفقتها به وكالورثة قبل موت موروثهم وفارق ما بعد الموت فإن المال انتقل إليهم فهم يثبتون بأيمانهم ملكًا لأنفسهم.

فصل: قال رحمه الله: **(الحكم الرابع انقطاع المطالبة عن المفلس فمن أقرضه شيئًا أو باعه إياه لم يملك مطالبته حتى يفك الحجر عنه).**

إذا تصرف المحجور عليه فى ذمته بشـراء أو اقتراض صح، لأنه أهل للتصرف، والحجر إنما تعلق بـماله وقد ذكـرناه وليس للبائع ولا للمـقرض مطالبتـه فى حال الحـجر، لأن حق الغرماء تعلق بعـين ماله الموجود حال الحجـر وبما يحدث له من المال فقدمـوا على غيرهم ممن لم يتعلق حقـه بعين المال كتقديم حق المرتهن بثـمن الرهن، وتقديم حق المجنى عليه بثمن العبد الجانى فلا يشارك أصحاب هذه الديون الغرماء لما ذكرنا، ولأن من علم منه بفلسه فقد رضى بذلك ومن لم يعلم فهو مفرط ويتبعونه بعد فك الحجر عنه كما لو أقر لإنسان بمال بعد الحجر عليه وفى إقراره خلاف ذكرناه فيما مضى فإن وجد البائع والمقرض أعيان أموالهما فهل لهم الرجوع فيها؟ على وجهين: **أحدهـما:** لهما ذلك للخبر، **والثـانى:** لا فسخ لهما، لأنهما دخلا على بصيرة بخراب الذمة فأشبه من اشترى معيبًا يعلم عيبه وقد ذكرنا ذلك.

ولنا: قول الله تـعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ (النساء: ٦) علق الدفع على شرطين، والحكم المـعلق على شرطين لا يثبت بدونهما، وقال الله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ (النساء: ٥) يعنى أموالهم، وقول الله تعـالى: ﴿فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾ (البـقـرة: ٢٨٢) فأثبت الولاية على السفـيه، ولأنه مبذر لماله فلا يجوز دفـعه إليه كمن له دون ذلك، وأما الآية التى احتج بهـا فإنما تدل بدليل خطابها، وهو لا يقول به، ثم هى مـخصصة فيما قبل خمس وعشرين سنة بالإجماع لعلة السـفه، وهو موجود بعد خمس وعشرين فيجب أن تخص به أيضًا كما أنـها لما خصصت فى حق المجنون لأجل جنونه قـبل خمس وعشرين خصت أيضًا بعـد خمس وعشرين، وما ذكـرناه من المنطوق أولى مما استدل به من المـفهوم المخصص، وما ذكـروه من كونه جدًّا ليس تحته معنى يقتـضى الحكم، ولا له أصل يشهد له فى الشرع، فهو إثبـات للحكم بالتحكم، ثم هو متصوّر فيـمن له دون هذه السن، فإن المرأة تكون جدة لإحـدى وعشرين سنة وقـياسهم منتـقض بمن له دون خمس وعشـرين سنة، وما أوجب الحـجر قبل خـمس وعشـرين يوجبـه بعدها، إذا ثبت هذا فـإنه لا يصح تصـرفه ولا إقراره، وقـال أبو حنيفـة: يصح بيعـه وإقراره، وإنما لا يسـلم إليه ماله، لأن البـالغ عنده لا يحجر عليه، وإنما منع تسليم ماله إليه للآية، وقال أصحابنا فى إقراره: يلزمه بعد فك الحجر عنه إذا كان بالغًا.

فــصل: قال الـشيخ رحـمه الله: **(الضرب الثانى المحـجور عليه لحظـه وهو الصبى والمجنون والسفيه).**

الحجـر على هؤلاء الثـلاثة حجر عـام، لأنهم يمنعـون التصرف فـى أموالهم وذمـمهم والأصل فى الحجر عليهم قول الله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا﴾ (النساء: ٥) وقوله ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ﴾ (النساء: ٦) الآية قال سعيد بن جبير وعكرمة: هو مال اليتيم عندك لا تؤته إياه وأنفق عليه، وإنما أضاف الأموال إلى الأولياء وهى لغيرهم، لأنهم قوامها، ومدبروها، وقوله: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ﴾ اختبروهم فى حفظهم لأموالهم.

4- مسألة: (فلا يصح تصرفهم قبل الإذن).

لأن تصحيح تصرفهم يفضى إلى ضياع أموالهم، وفيه ضرر عليهم.

5- مسألة: (ومن دفع إليهم ماله ببيع أو قرض رجع فيه ما كان باقيًا).

لأنه عين ماله وتصـرفهم فاسد فإن أتلفـه واحد منهم فهو من ضمـان مالكه، وكذلك إن تلف فى يده، لأنه سلطه عليـه برضاه وسواء علم بالحـجر على السفـيه أو لم يعلم، لأنه إن علم فقد فـرط وإن لم يعلم فهو مفرط أيضًـا إذ كان فى مظنة الشهرة هذا إذا كان صاحـبه قد سلطه عليه، فأمـا إن حصل فى يده باختيار صاحبـه من غير تسليط كالوديعة والعـارية فاختار

ولنا: أنه لا يدفع إليه ماله لعدم رشده، فلا يصح تصرفه وإقراره كالصبى والمجنون، ولأنه إذا نفذ تصرفه وإقراره تلف ماله، ولم يفد منعه من ماله شيئًا، ولأن تصرفه لو كان نافذًا لسلم إليه ماله كالرشيد، فإنه إنما يمنع ماله حفظًا له فإذا لم يتحفظ بالمنع وجب تسليمه إليه بحكم الأصل.

الفصل الثالث فى البلوغ: ويحصل فى حق الغلام والجارية بأحد ثلاثة أشياء، وفى حق الجارية بشيئين يختصان بها، أما الثلاثة المشتركة بين الذكر والأنثى: فأولها خروج المنى من قبله، وهو الماء الدافق الذى يُخلق منه الولد، فكيفما خرج فى يقظة أو منام بجماع أو احتلام أو غير ذلك حصل به البلوغ، لا نعلم فى ذلك اختلافًا، لقول الله تعالى: ﴿ **وَإِذَا بَلَغَ الأَطْفَالُ مِنكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا** ﴾ (النور: ٥٩) وقوله: ﴿ **وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنكُمْ** ﴾ (النور: ٥٨) وقول النبى ﷺ: «رُفع القلم عن ثلاث عن الصبى حتى يحتلم..»[٢] وقوله ﷺ لمعاذ: «خذ من كل حالم دينارًا»[٣] رواهما أبو داود، وقال ابن المنذر[٤]: وأجمعوا على أن الفرائض

القاضى أنه يلزمه الضمان إن أتلفه أو تلف بتفريطه إن كانت سفيهًا، لأنه أتلفه بغير اختيار صاحبه فأشبه ما لو كان القبض بغير اختياره، ويحتمل أن لا يضمن، لأنه عرضها لإتلافه وسلطه عليها فأشبه المبيع، أما ما أخذه بغير اختيار المالك كالغصب والجناية فعليه ضمانه، لأنه لا تفريط من المالك وكذلك الحكم فى الصبى والمجنون فإن أودع عند الصبى والمجنون أو أعارهما فلا ضمان عليهما فيما تلف بتفريطهما لأنهما ليسا من أهل الحفظ، وإن أتلفاه ففيه وجهان نذكرهما فى الوديعة.

6- مسألة: (ومتى عقل المجنون وبلغ الصبى ورشدا انفك الحجر عنهما بغير حكم حاكم ودفع إليهما مالهما ولا ينفك قبل ذلك بحال).

إذا عقل المجنون ورشد انفك الحجر عنه ولا يحتاج إلى حكم حاكم بغير خلاف وكذلك الصبى إذا بلغ ورشد، وهذا مذهب الشافعى، وقال مالك: لا يزول إلا بحكم حاكم وهو قول بعض أصحاب الشافعى، لأنه موضع اجتهاد ونظر فإنه يحتاج فى معرفة البلوغ والرشد إلى اجتهاد فيوقف ذلك على حكم حاكم كزوال الحجر عن السفيه، ولنا قوله تعالى: ﴿ **فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ** ﴾ (النساء: ٦) أمر بدفع أموالهم إليهم عند البلوغ وإيناس الرشد فاشتراط حكم الحاكم زيادة تمنع الدفع عند وجود ذلك حتى يحكم الحاكم وهذا مخالف لظاهر النص، ولأنه حجر ثبت بغير حكم الحاكم فيزول بغير حكمه كالحجر على المجنون، ولأن الحجر عليه إنما كان لعجزه عن التصرف فى ماله على وجه المصلحة حفظًا لما له عليه

---

(٢) تقدم فى المسألة رقم (١١٩) المجلد الأول.
(٣) تقدم فى المسألة رقم (٤٠١) باب صدقة البقر حديث رقم (٣).
(٤) ذكره ابن المنذر فى الإجماع (ص ١٣٠).

والأحكام تجب على المحتلم العاقل، وعلى المرأة بظهور الحيض منها، وأما الإنبات فهو أن ينبت الشعـر الخشن حول ذكـر الرجل، أو فرج المرأة، الذى اسـتحق أخذه بالمـوسى، وأما الزغب الضعيف، فلا اعتبار به فإنه يثبت فى حق الصغير وبهذا قال مالك والشافعى فى قول، وقال فى الآخر: هو بلوغ فى حق المشركين، وهل هـو بلوغ فى حق المسلمين؟ فيه قولان، وقال أبو حنيفة: لا اعتبار به لأنه نبات شعر فأشبه نبات شعر سائر البدن.

ولنا: أن النبى ﷺ لمـا حكم سعد بن مـعاذ فى بنى قريظة حكم بـأن تقتل مقـاتلتهم وتسـبى ذراريهم وأمر أن يكشف عن مـؤتزرهم فمن أنـبت فهـو من المقـاتلة، ومن لم ينبت ألحقوه بالذرية، وقـال عطية القُرَظِىُّ: عُرِضت على رسـول الله ﷺ يوم قريظة، فشكوا فىّ فأمر النبى ﷺ أن يُنظَر إلـىَّ، هل أَنْبَتُّ بعد؟ فنظروا إلىّ فلم يجدونى أنبت بعد فـألحقونى بالذرية مـتفق(*) على مـعناه(٥)، وكتب عمر رضي الله عنه إلى عـامله «أن لا تأخذ الجزية إلا ممن جرت عليه المواسى، وروى محـمد بن يحيى بن حبان(٦) أن غلامًا من الأنصـار شبب بامرأة فى شعـره، فرفع إلى عمـر فلم يجده أنبت، فقـال: لو أنبت الشعر لحـددتك، ولأنه خارج يلازمه البلـوغ غالبًا، ويسـتوى فيـه الذكر والأنثى فكان علمًـا على البلوغ كالاحـتلام، ولأن الخارج ضـربان: متـصل ومنفصل، فلمـا كان من المنـفصل ما يثـبت به البلوغ كـان كذلك المتصل، وما كان بـلوغًا فى حق المشركين كان بلوغًا فى حق المسلمـين كالاحتلام والسن، وأما السن فإن البلوغ به فى الغلام والجارية بخمس عشرة سنة، وبهذا قال الأوزاعى والشافعى وأبو يوسف ومـحمـد، وقـال داود: لا حد لـلبلوغ من السن لقـوله ﷺ: «رفع القلم عن

فمتى بلغ ورشـد زال الحجر لزوال سبـبه والسفيه لنـا فيه منع، فعلى هذا الحجـر منقسم إلى ثلاثة أقسـام: قسم يزول بغـير حكم الحاكـم وهو الحجر للجنون، وقـسم لا يزول إلا بحكم حاكم وهو الحجر للسفه، وقسم فيه الخلاف وهو الحجر على الصبى.

فـصل: ومتى انفك الحجر عنهما دفع إليهما مالهما لقول الله تعالى: ﴿فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ (النسـاء: ٦) قال ابن المنذر: اتفقـوا على ذلك، ولأن منعه من التصرف إنما كان لعـجزه عن التصرف حفظًا لماله فإذا صار أهلاً لـلتصرف زال الحجر لزوال سببه.

فـــصل: ولا ينفك عنه الحجر ولا يدفع إليـه ماله قبل البلوغ والرشد، ولو صار شـيخًا،

(*)فى هـ «مغلق».

(٥)أخرجـه أبو داود (٤/ ح ٤٤٠٤) وابن مـاجه (٢/ ح ٢٥٤١) وصحـحه الألبـانى، والتـرمذى (٤/ ح ١٥٨٤) وأحمد فى مسنده (٤/ ٣١٠) والدارمى (٢/ ح ٢٤٦٤).

(٦)أبو عبد الله محمد بن يحـيى بن حبان الأنصارى الفقيه كان يفتى، ثقة كـثير الحديث، توفى سنة إحدى وعشرين ومائة. تهذيب التهذيب (٧١٩ - ٥/ ٥٠٨٤).

ثلاث: عن الصبى حتى يحتلم...» وإثبات البلوغ بغيره يخالف الخبر وهذا قول مالك، وقال أصحابه: سبع عشرة أو ثمانى عشرة، وروى عن أبى حنيفة فى الغلام روايتان: **إحداهما:** سبع عشرة، **والثانية:** ثمانى عشرة، والجارية سبع عشرة بكل حال، لأن الحد لا يثبت إلا بتوقيف أو اتفاق، ولا توقيف فى هذا ولا اتفاق.

ولنا: أن ابن عمر قال: عرضت على رسول الله ﷺ وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزنى فى القتال، وعرضت عليه وأنا ابن خمس عشرة فأجازنى(٧)، متفق عليه، وفى لفظ: «عرضت عليه يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة فردنى ولم يرنى بلغت، وعرضت عليه عام الخندق وأنا ابن خمس عشرة فأجازنى» فأخبر بهذا عمر بن عبد العزيز فكتب إلى عماله أن لا تفرضوا إلا لمن بلغ خمس عشرة، رواه الشافعى فى مسنده ورواه الترمذى(٨)، وقال حديث حسن صحيح، وروى عن أنس أن النبى ﷺ قال: «إذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ما له وما عليه وأخذت منه الحدود»(٩) ولأن السن معنى يحصل به البلوغ يشترك فيه

وهو قول الأكثرين قال ابن المنذر: أكثر علماء الأمصار من أهل العراق والحجاز والشام ومصر يرون الحجر على كل مضيع لماله صغيرًا كان أو كبيرًا، وبه قال القاسم بن محمد ومالك والشافعى وأبو يوسف ومحمد، وروى الجوزجانى فى كتابه قال: كان القاسم بن محمد يلى أمر شيخ من قريش ذى أهل ومال فلا يجوز له أمر فى ماله دونه لضعف عقله قال: ابن إسحاق رأيته شيخًا يخضب وقد جاء إلى القاسم بن محمد فقال: يا أبا محمد ادفع إلىَّ مالى فإنه لا يولى على مثلى فقال: إنك فاسد فقال: امرأته طالق البتة وكل مملوك له حر إن لم تدفع إلىَّ مالى، فقال القاسم بن محمد وما يحل لنا أن ندفع إليك مالك على حالك هذه، فبعث إلى امرأته وقال: هى حرة مسلمة وما كنت لأحبسها عليك وقد فهت بطلاقها، فأرسل إليها فأخبرها ذلك وقال: أما رقيقك فلا عتق لك ولا كرامة فحبس رقيقه، وقال ابن اسحاق ما كان يعاب على الرجل إلاَّ سفهه، وقال أبو حنيفة: لا يدفع ماله إليه قبل خمس وعشرين سنة، وإن تصرف نفذ تصرفه فإذا بلغ خمسًا وعشرين سنة فك الحجر عنه ودفع إليه ماله لقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾ (الانعام: ١٥٢) وهذا قد بلغ أشده ويصلح أن يكون جدًا، ولأنه حر بالغ عاقل مكلف فلا يحجر عليه كالرشيد.

---

(٧) أخرجه البخارى (٥/ ح ٢٦٦٤/ فتح) ومسلم (٣/ إمارة/ ١٤٩٠/ ح ٩١) وأبو داود (٤/ ح ٤٤٠٦) وأحمد فى مسنده (٢/ ١٧) وابن ماجه (٢/ ح ٢٥٤٣).

(٨) أخرجه الترمذى (٤/ ح ١٧١١) وقال أبو عيسى: حديث إسحاق بن يوسف حسن صحيح غريب من حديث سفيان الثورى، وصححه الألبانى.

(٩) أخرجه البيهقى فى سننه (٦/ ٥٧) من حديث أنس بلفظ: الصبى إذا بلغ خمس عشره أقيمت عليه الحدود وقال: إسناده ضعيف لا يصح وهو إسناده فى الخلافيات.

الغلام والجـارية، فاستويا فـيه كالإنزال، وما ذكـره أصحاب أبى حنيفـة ففيمـا رويناه جواب عنهم، وما احتج به داود لا يمنع إثبات البلوغ بغير الاحتلام إذا ثبت بالدليل، ولهذا كان إنبات الشعـر علمًا عليـه، وأما الحيـض فهو علم على البلـوغ لا نعلم فيه خـلافًا، وقـد قال النبى ﷺ: «لا يقبل الله صلاة حـائض إلا بخمار»(١٠) رواه الترمذى وقال حـديث حسن، وأما الحمل فهو علم على البلوغ، لأن الله تعالى أجرى العادة أن الولد لا يخلق إلا من ماء الرجل وماء المرأة، قال الله تعالى: ﴿فَلْيَنظُرِ الإنسَانُ مِمَّ خُلِقَ ⑤ خُلِقَ مِن مَّاءٍ دَافِقٍ ⑥ يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ﴾ (الطارق: ٥ - ٧) وأخبر النبى ﷺ بذلك فى الأحاديث فمتى حملت حكم ببلوغها فى الوقت الذى حملت فيه.

فــصل: وإذا وجد خـروج المنى من ذكر الخنثى المشـكل فهو علم على بلوغـه وكونه رجـلاً، وإن خرج من فرجه أو حاض فهو علم على بلوغه وكونه امرأة، وقال القاضى: ليس واحد منهـما علمًا على البلوغ، فإن اجـتمعا فـقد بلغ وهذا مذهب الشافـعى لجواز أن يكون الفرج الذى خرج منه ذلك خلقة زائدة.

ولنا: أن خروج البـول من أحد الفـرجين دليل على كونه رجـلاً او امرأة فـخروج المنى

ولنا قول الله تعالى: ﴿وَلا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ (النساء: ٥) أى: أموالهم، وقوله تعالى ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ (النساء: ٦) علق الدفع على شرطين والحكم المعلق على شرطين لا يثـبت بدونهما، وقال تعالى: ﴿فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾ (البقرة: ٢٨٢) فأثبت الولاية على السـفيه، ولأنه مـبذر فلم يجز دفع مـاله إليه كمن لـه دون ذلك، وأما الآية التى احتجوا بها فإنما تدل بدليل خطابها وهو لا يقول به ثم هى مخصصة فيما قبل خمس وعشرين بالإجماع لعلة السفه وهو مـوجود بعد خمس وعشرين فيجب أن يخص به أيضًـا كما أنها لما خصصت فى حق المجنون لجنونه فـيما قبل خمس وعشرين خصـصت بعدها، وما ذكرنا من المنطوق أولى ممـا يستدل به من المفهـوم المخصص، وقوله: إنه صار يـصلح جدًا لا معنى تحته يقتضى الحكم ولا له أصل يشهد له فى الشرع فهو إثبات للحكم بالتحكم ثم هو متصور ممن هو دون هذا السن فإن المـرأة تكون جدة لإحدى وعشرين سنة وقيـاسهم منتقض بمن له دون خمس وعشـرين سنة فما أوجب الحجـر قبلها يوجبه بعـدها، إذا ثبت هذا فإنه لا يصح تصرفه ولا إقراره، وقال أبو حنيفة: يصح بيعـه وإقراره، لأن البالغ عنده لا يحجر عليه وإنما لم يسلم إليه للآية.

ولنا: أنه لا يدفع إليه ماله لعدم رشده فلم يصح تصرفه وإقراره كالصبى والمجنون، ولأنه إذا نفذ تصرفه وإقراره تلف ماله ولم يفد منعه من مـاله شيئًا، ولأن تصرفه لو كان نافذًا لسلم

---

(١٠) تقدم فى المسألة رقم ١٩٠ فى المجلد الأول (ص ٨٠٤).

والحيض أولى، وإذا ثبت كونه رجلاً خرج المنى من ذكره او امرأة خرج الحيض من فرجها لزم وجود البلوغ، ولأن خروج منى الرجل من المرأة، والحيض من الرجل مستحيل فكان دليلاً على التعيين، فإذا ثبت التعيين لزم كونه دليلاً على البلوغ، كما لو تعين قبل خروجه، ولأنه منى خارج من ذكر، أو حيض خارج من فرج، فكان علمًا على البلوغ كالمنى الخارج من الغلام، والحيض الخارج من الجارية، ولأنهم سلموا أن خروجهما معًا دليل على البلوغ فخروج أحدهما منفردًا أولى، لأن خروجهما معًا يقتضى تعارضهما، وإسقاط دلالتهما إذ لا يتصور أن يجتمع حيض صحيح ومنى رجل فيلزم أن يكون أحدهما فضلة خارجة من غير محلها، وليس أحدهما بذلك أولى من الآخر، فتبطل دلالتهما كالبينتين إذا تعارضتا، وكالبول إذا خرج من المخرجين جميعًا بخلاف ما إذا وجد أحدهما منفردًا، فإن الله تعالى أجرى العادة بأن الحيض يخرج من فرج المرأة عند بلوغها، ومنى الرجل يخرج من ذكره عند بلوغه فإذا وجد ذلك من غير معارض وجب أن يثبت كمه ويقضى بثبوت دلالته، كالحكم بكونه رجلاً بخروج البول من ذكره وبكونه امرأة بخروجه من فرجها، والحكم للغلام بالبلوغ بخروج المنى من ذكره، وللجارية بخروج الحيض من فرجها، فعلى هذا إن خرجا معًا لم يثبت كونه رجلاً ولا امرأة، لأن الدليلين تعارضا، فأشبه ما لو خرج البول من الفرجين، وهل يثبت البلوغ بذلك؟ فيه وجهان: **أحدهما**: يثبت، وهو اختيار القاضى ومذهب الشافعى، لأنه إن كان رجلاً فقد خرج المنى من ذكره، وإن كان امرأة فقد حاضت، **والثانى**: لا يثبت، لأنه يجوز أن لا

إليه ماله كالرشيد فإنه إنما منع ماله حفظًا له فإذا لم يحفظ بالمنع وجب تسليمه إليه بحكم الأصل.

7- مسألة: (والبلوغ يحصل بالاحتلام وبلوغ خمس عشرة سنة ونبات الشعر الخشن حول القبل، وتزيد الجارية بالحيض والحمل).

يثبت البلوغ فى حق الجارية والغلام بأحد الأشياء الثلاثة المذكورة وهى: خروج المنى من القبل وهو الماء الدافق الذى يخلق منه الولد، كيفما خرج فى يقظة أو منام بجماع أو احتلام أو غير ذلك يحصل به البلوغ لا نعلم فيه خلافًا، لقول الله تعالى: ﴿**وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا**﴾ (النور: ٥٩)وقوله: ﴿**وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنكُمْ**﴾ (النور: ٥٨)وقول النبى ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث: عن الصبى حتى يحتلم...» رواه أبو داود، وقال ابن المنذر: أجمعوا على أن الفرائض والأحكام تجب على المحتلم العاقل، وعلى المرأة بظهور الحيض منها، **الثانى**: السن وهو بلوغ خمس عشرة سنة فى حق الغلام والجارية وبهذا قال الأوزاعى والشافعى وأبو يوسف ومحمد، وقال داود: لا حد للبلوغ من السن، لقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث: عن الصبى حتى يحتلم...» وإثبات البلوغ لغيره يخالف الخبر وهذا قول مالك، وقال أصحابه: سبع عشرة أو ثمانى عشرة، وعن أبى حنيفة فى الغلام روايتان:

يكون هذا حيضًا ولا منيًا، فلا يكون فيه دلالة، وقد دلّ تعارضهما على ذلك، فانتفت دلالتهما على البلوغ، كانتفاء دلالتهما على الذكورية والأنوثية، والله أعلم.

٨١١- **مسألة:** قال: (**وكذلك الجارية وإن لم تنكح**).

يعنى أن الجارية إذا بلغت وأونس رشدها بعد بلوغها دفع إليها مالها وزال الحجر عنها، وإن لم تتزوج، وبهذا قال عطاء والثورى وأبو حنيفة والشافعى وأبو ثور وابن المنذر، ونقل أبو طالب عن أحمد: لا يدفع إلى الجارية مالها بعد بلوغها حتى تتزوج وتلد، أو يمضى عليها سنة فى بيت الزوج، روى ذلك عن عمر وبه قال شريح والشعبى وإسحاق، لما روى عن شريح أنه قال: «عهد إلىَّ عمر بن الخطاب ﷺ أن لا أجيز لجارية عطية حتى تحول فى بيت زوجها حولاً أو تلد ولدًا» رواه سعيد فى سننه، ولا يعرف له مخالف فصار إجماعًا، وقال مالك: لا يدفع إليها مالها حتى تتزوج ويدخل عليها زوجها، لأن كل حالة جاز للأب تزويجها من غير إذنها لم ينفك عنها الحجر كالصغيرة.

إحداهما: سبع عشرة والثانية: ثمانى عشرة، والجارية سبع عشرة بكل حال لأن الحد لا يثبت إلا بتوقيف أو اتفاق ولا توقيف فيما دون هذا ولا اتفاق.

ولنا: أن ابن عمر قال: عرضت على النبى ﷺ: «وأنا ابن أربع عشرة فلم يجزنى فى القتال، وعرضت عليه وأنا ابن خمس عشرة فأجازنى، متفق عليه، وفى لفظ عرضت عليه يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة فردنى ولم يرنى بلغت وعرضت عليه عام الخندق وأنا ابن خمس عشرة فأجازنى، فأخبر بهذا عمر بن عبد العزيز فكتب إلى عماله أن لا تفرضوا إلا لمن بلغ خمس عشرة رواه الشافعى فى مسنده والترمذى، وقال: حديث حسن صحيح، ولأن السن معنى يحصل به البلوغ يشترك فيه الجارية والغلام فاستويا فيه كالإنزال، وما احتج به مالك وأبو داود لا يمنع إثبات البلوغ بغير الاحتلام إذا ثبت بالدليل، ولهذا كان إنبات الشعر علمًا عليه، **الثالث**: نبات الشعر الخشن حول ذكر الرجل وفرج المرأة، فأما الزغب الضعيف فلا اعتبار به فإنه يثبت فى حق الصغير وبهذا قال مالك والشافعى فى قول، وقال فى الآخر: هو بلوغ فى حق المشركين وهل هو بلوغ فى حق المسلمين؟ فيه قولان، وقال أبو حنيفة: لا اعتبار به، لأنه نبات شعر أشبه سائر شعر البدن.

ولنا أن النبى ﷺ لما حكّم سعد بن معاذ فى بنى قريظة حكم بأن يقتل مقاتلتهم ويسبى ذراريهم فأمر بأن يكشف عن مؤتزريهم فمن أنبت فهو من المقاتلة ومن لم ينبت ألحقوه بالذرية، قال عطية القرظى: عُرضت على رسول الله ﷺ يوم قريظة فشكوا فىَّ فأمر النبى ﷺ أن ينظر إلىَّ هل أنبتُ بعد؟ فنظروا إلىَّ فلم يجدونى أنبت بعد فألحقونى بالذرية، متفق على معناه، وكتب عمر ﷺ إلى عامله أن لا تأخذ الجزية إلا ممن جرت عليه المواسى، وروى محمد بن يحيى بن حبان أن غلامًا من الأنصار شبب بامرأة فى شعره فرُفع إلى عمر

ولنا: عموم قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ (النساء: ٦) ولأنها يتيم بلغ وأونس منه الرشد فيدفع إليه ماله كالرجل، ولأنها بالغة رشيدة، فجاز لها التصرّف فى مالها كالتى دخل بها الزوج، وحديث عمر إن صحّ فلم يعلم انتشاره فى الصحابة ولا يترك به الكتاب والقياس، على أن حديث عمر مختص بمنع العطية فلا يلزم منه المنع من تسليم مالها إليها ومنعها من سائر التصرفات ومالك لم يعمل به وإنما اعتمد على إجبار الأب لها على النكاح، ولنا أن نمنع ذلك، وإن سلمناه فإنما أجبرها على النكاح لأن اختيارها للنكاح ومصالحه لا يعلم إلا بمباشرته، والبيع والشراء والمعاملات ممكنة قبل النكاح، وعلى هذه الرواية إذا لم تتزوج أصلاً احتمل أن يدوم الحجر عليها عملاً بعموم حديث عمر ولأنه لم يوجد شرط دفع مالها إليها فلم يجز دفعه إليها كما لو لم ترشد، وقال القاضى: عندى أنه يدفع إليها مالها إذا عنست وبرزت للرجال يعنى كبرت.

فلم يجده أنبت فقال: لو أنبت لحددتك، ولأنه خارج يلازمه البلوغ غالبًا يستوى فيه الذكر والأنثى فكان علمًا على البلوغ كالاحتلام، ولأن الخارج ضربان: متصل ومنفصل، فلما كان من المنفصل ما يثبت به البلوغ كذلك المتصل، وما كان بلوغًا فى حق المشرك كان بلوغًا فى حق المسلم كالاحتلام والسن.

فصل: والحيض علم على البلوغ فى حق الجارية لا نعلم فيه خلافًا، وقد دل عليه قول النبى ﷺ: «لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار» رواه الترمذى وقال: حديث حسن، وكذلك الحمل يحصل به البلوغ، لأن الله تعالى أجرى العادة أن الولد إنما يخلق من ماء الرجل وماء المرأة، قال الله تعالى: ﴿فَلْيَنظُرِ الْإِنسَانُ مِمَّ خُلِقَ ۝٥ خُلِقَ مِن مَّاءٍ دَافِقٍ ۝٦ يَخْرُجُ مِن بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ﴾ (الطارق: ٥ - ٧) وأخبر النبى ﷺ بذلك فى الأحاديث، فعلى هذا يحكم ببلوغها فى الوقت الذى حملت فيه.

فصل: وإذا وجد خروج المنى من الخنثى المشكل فهو علم على بلوغه وكونه رجلاً، وإن خرج من فرجه أو حاض كان علمًا على بلوغه وكونه امرأة، وقال القاضى: ليس واحد منهما علمًا على البلوغ فإن اجتمعا فقد بلغ وهو مذهب الشافعى لجواز أن يكون الفرج الذى خرج ذلك منه خلقة زائدة.

ولنا أن خروج البول من أحد الفرجين دليل على ذكوريته أو أنوثيته فخروج المنى والحيض أولى وإذا ثبت كونه رجلاً خرج المنى من ذكره، أو امرأة خرج الحيض من فرجها لزم وجود البلوغ، ولأن خروج منى الرجل من المرأة أو الحيض من الرجل مستحيل فكان دليلاً على التعيين، وإذا ثبت التعيين لزم كونه دليلاً على البلوغ كما لو تعين قبل خروجه، ولأنهم سلموا أن خروجهما معًا دليل عليه فخروج أحدهما منفردًا أولى، لأن خروجهما معًا يقتضى تعارضهما وإسقاط دلالتهما إذ لا يتصور أن يجتمع حيض صحيح ومنى رجل فلزم أن

فـــصل: وظاهر كـلام الخـرقى أن: **للمرأة الـرشيدة التـصرف فى مـالها كله بالتبرع والمعاوضة،** وهذا إحدى الروايتين عن أحمد، وهو مذهب أبى حنيفة والشافعى وابن المنذر، وعن أحمد رواية أخرى: ليس لها أن تتصـرف فى مالها بزيادة على الثلث بغير عوض إلا بإذن زوجها، وبه قال مالك وحكى عنه فى امرأة حلفت أن تعتق جارية ليس لها غيرها فحنثت ولها زوج فرد ذلك عليها زوجـها قال: له أن يردّ عليها وليس لها عـتق لما روى أن امرأة كعب بن مالك أتت النـبى ﷺ بحلى لها فقـال لها النبى ﷺ: «لا يجـوز للمرأة عطيـة حتى يأذن زوجها، فـهل استأذنت كعـبًا؟» فقالت نعم، فـبعث رسول الله ﷺ إلى كعـب فقال: «هل أذنت لها أن تتصدق بحليها؟» قال: نعم، فقبله رسول الله ﷺ[١١]، رواه ابن ماجه، روى أيضًا عن عمرو بن شـعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال فى خطـبة خطبها: «لا يجوز لامرأة عطيـة فى مالها إلا بإذن زوجهـا إذ هو مالك عصمتـها» رواه أبو داود ولفظه عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ قال: «لا يجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها»[١٢] ولأن

يكون أحدهمـا فضلة خارجة من غـير محلها، ولـيس أحدهما أولى بذلك من الآخر فـتبطل دلالتهمـا كالبينتين إذا تعارضتـا وكالبول إذا خرج من المخـرجين جميعًا بخـلاف ما إذا وجد أحدهما منفردًا فإن الله تعالى أجرى العادة بأن الحيض يخرج من فرج المرأة عند بلوغها ومنى الرجل يخرج من ذكـره عند بلوغه، فـإذا وجد ذلك من غيـر معارض وجب أن يثـبت حكمه ويقضى بثـبوت دلالته كالحكم بكونه رجـلاً بخروج البول من ذكره وبكونه أنثى بـخروجه من فرجها، والحكم للغلام بالبلوغ بخروج المنى من ذكـره وللجارية بخروج الحيض من فرجها، فعلى هـذا إذا خرجا جـميعًـا لم يثبت كـونه رجلاً ولا امـرأة، وهل يثبت البلوغ بذلك؟ فـيه وجهان: **أحدهما:** يثبت وهو اختيار القاضى ومذهب الشافعى، لأنه إن كان رجلاً فقد خرج المنى من ذكره، وإن كان أنثى فقد حاضت، **والثـانى:** لا يثبت، لأن هذا يجوز أن لا يكون حيضًا ولا منيّا فـلا يكون فيه دلالة وقد دل على ذلك تعارضهما فانتـفت دلالتهما على البلوغ كانتفاء دلالتهما على الذكورية والأنوثية.

8- مـسألة: (والرشد الصلاح فى المال).

وهذا قول أكثر أهل العلم منهم مالك وأبو حنيـفة، وقال الحسن والشافعى وابن المنذر: الرشد الصلاح فـى الدين والمال، لأن الفاسق غير رشـيد، ولأن إفساد دينه يمنع الـثقة به فى حفظ ماله كما يمنع قبول قوله وثبوت الولاية على غيره وإن لم يعرف منه كذب ولا تبذير.

---

(١١) أخرجـه ابن ماجه (٢/ ح ٢٣٨٩) وفى الـزوائد (فى إسناده يحيى وهو غيـر معـروف فى أولاد كعب فالإسناد ضعيف).

(١٢) أخـرجه أبـو داود (٣/ ح ٣٥٤٧) والنسائـى (٥/ ح ٢٥٣٩) وأحمـد فى مـسنده (٢/ ١٧٩، ١٨٤) (٢/٢٠٧) مطولاً وإسناده صحيح.

حق الزوج متعلق بمالها، فإن النبى ﷺ قال: «تُنكح المرأة لمالها وجمالها ودينها»(١٣) والعادة أن الزوج يزيد فى مهرها من أجل مالها ويتبسط فيه وينتفع به فإذا أعسر بالنفقة أنظرته، فجرى ذلك مجرى حقوق الورثة المتعلقة بمال المريض.

ولنا: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ (النساء: ٦) وهو ظاهر فى فك الحجر عنهم وإطلاقهم فى التصرف، وقد ثبت أن النبى ﷺ قال: «يا معشر النساء تصدقن ولو من حليكن»(١٤) وإنهن تصدقن فقبل صدقتهن ولم يسأل ولم يستفصل، وأتته زينب امرأة عبد الله وامرأة أخرى اسمها زينب فسألته عن الصدقة هل يجزيهن أن يتصدقن على أزواجهن وأيتام لهن؟ فقال: «نعم» ولم يذكر لهن هذا الشرط، ولأن من وجب دفع ماله إليه لرشده جاز له التصرف فيه من غير إذن كالغلام، ولأن المرأة من أهل التصرف ولا حق لزوجها فى مالها فلم يملك الحجر عليها فى التصرف بجميعه كأختها، وحديثهم ضعيف وشعيب لم يدرك عبد الله بن عمرو فهو مرسل وعلى أنه محمول على أنه لا يجوز عطيتها لماله بغير إذنه بدليل أنه يجوز عطيتها ما دون الثلث من مالها وليس معهم حديث يدل على تحديد المنع بالثلث فالتحديد بذلك تحكم ليس فيه توقيف ولا عليه دليل وقياسهم على المريض غير صحيح لوجوه: **أحدها**: أن المرض سبب يفضى إلى وصول المال إليهم بالميراث، والزوجية إنما تجعله من أهل الميراث فهى أحد وصفى العلة فلا يثبت الحكم

ولنا: قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ قال ابن عباس: يعنى صلاحًا فى أموالهم، وقال مجاهد: إذا كان عاقلاً، ولأن هذا إثبات فى نكرة ومن كان مصلحًا لماله فقد وجد منه رشد، ولأن العدالة لا تعتبر فى الرشد فى الدوام فلا تعتبر فى الابتداء كالزهد فى الدنيا، ولأن هذا مصلح لماله فأشبه العدل، يحققه أن الحجر عليه إنما كان لحفظ وماله عليه والمؤثر فيه ما أثر فى تضييع المال أو حفظه قولهم: أن الفاسق غير رشيد قلنا: هو غير رشيد فى دينه، أما فى ماله وحفظه فهو رشيد، ثم هو منتقض بالكافر فإنه غير رشيد فى دينه ولا يحجر عليه لذلك، ولا يلزم من منع قبول القول منه دفع ماله إليه، فإن من عرف بكثرة الغلط والنسيان أو من يأكل فى السوق ويمد رجليه فى مجمع الناس لا تقبل شهادتهم وتدفع أموالهم إليهم.

---

(١٣) أخرجه البخارى (٩/ ح ٥٠٩٠/ فتح) ومسلم (٢/ رضاع/ ١٠٨٦/ ح ٥٣) وأبو داود (٢/ ح ١٠٤٧) وابن ماجه (١/ ح ١٨٥٨) والنسائى (٦/ ح ٣٢٣٠) والدارمى (٢/ ح ٢١٧٠) وأحمد فى مسنده (٢/ ٤٢٨) من حديث أبى هريرة.

(١٤) أخرجه البخارى (٣/ ح ١٤٦٦/ فتح) ومسلم (٢/ زكاة/ ٦٩٤/ ح ٤٥) والترمذى (٣/ ح ٦٣٥) والنسائى (٥/ ح ٢٥٨٢) بنحوه، وابن ماجه (١/ ح ١٨٣٤) والدارمى (١/ ح ١٦٥٤) وأحمد فى مسنده (٦/ ٣٦٣) (٣/ ٥٠٢) عن زينب امرأة عبد الله بن مسعود.

بمجردها كما لا يثبت للمرأة الحجر على زوجها ولا لسائر الوراث بدون المرض، **الثانى**: أن تبرع المريض موقوف، فإن برئ من مرضه صح تبرعه، وههنا أبطلوه على كل حال والفرع لا يزيد على أصله، **الثالث**: أن ما ذكروه منتقض بالمرأة فإنها تنتفع بمال زوجها وتتبسط فيه عادة ولها النفقة منه، وانتفاعها بماله أكثر من انتفاعه بمالها وليس لها الحجر عليه وعلى أن هذا المعنى ليس بموجود فى الأصل، ومن شرط صحة القياس وجود المعنى المثبت للحكم فى الأصل والفرع جميعًا.

9- مسألة: (ولا يدفع ماله إليه حتى يختبر).

لأنه إنما يعرف رشده باختباره، لقول الله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ﴾ (النساء: ٦) أى: اختبروهم، واختباره بتفويض التصرفات التى يتصرف فيها أمثاله إليه، فإن كان من أولاد التجار فوض إليه البيع والشراء، فإذا تكرر منه فلم يغبن ولم يضيع ما فى يديه فهو رشيد، وإن كان من أولاد الدهاقين والكبراء الذين يصان أمثالهم عن الأسواق دفعت إليه نفقة مدة لينفقها فى مصالحه فإن صرفها فى مصارفها ومواقعها واستوفى على وكيله فيما وكله واستقصى عليه دل على رشده، والمرأة يفوض إليها ما يفوض إلى ربة البيت من استئجار الغزالات وتوكيلها فى شراء الكتان وأشباه ذلك، فإن وجدت ضابطة لما فى يديها مستوفية من وكيلها فهى رشيدة.

10- مسألة: (وأن يحفظ ما فى يده عن صرفه فيما لا فائدة فيه).

كالغناء والقمار وشراء المحرمات، وشراء آلات اللهو والخمر وأن يتوصل به إلى الفساد فهذا غير رشيد، لأنه تبذير لماله وتضييعه فيما لا فائدة فيه، فإن كان فسقه بالكذب والتهاون بالصلاة مع حفظه لماله لم يمنع ذلك من دفع ماله إليه لما ذكرنا.

11- مسألة: (وعنه لا يدفع إلى الجارية مالها بعد رشدها حتى تتزوج وتلد أو تقيم فى بيت الزوج سنة).

المشهور فى المذهب أن الجارية إذا بلغت ورشدت دفع إليها مالها كالغلام وزال الحجر عنها، وإن لم تتزوج، وهذا قول عطاء والثورى وأبى حنيفة والشافعى وأبى ثور وابن المنذر، ونقل أبو طالب عن أحمد أن الجارية لا يدفع إليها مالها حتى تتزوج وتلد أو تقيم سنة فى بيت الزوج، روى ذلك عن عمر وبه قال شريح والشعبى وإسحاق لما روى عن شريح أنه قال: عهد إلى عمر بن الخطاب أن لا أجيز لجارية عطية حتى تحول فى بيت زوجها حولاً أو تلد، رواه سعيد فى سننه ولا يعرف له مخالف نصار إجماعًا، وقال مالك: لا يدفع إليها مالها حتى تتزوج ويدخل عليها زوجها، لأن كل حالة جاز للأب تزويجها من غير إذنها لم ينفك عنها الحجر كالصغيرة.

ولنا عموم قول الله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ (النساء: ٦) ولأنها يتيم بلغ وأونس منه الرشد فيدفع إليه ماله كالرجل،

فـصـل: وهل يجوز للمرأة الصدقة من مال زوجها بالشيء اليسير بغير إذنه؟ على روايتين: **إحداهما:** الجواز، لأن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «ما أنفقت المرأة من بيت زوجها غير مفسدة كان لها أجرها وله مثله بما كسب، ولها بما أنفقت وللخازن مثل ذلك من غير أن ينتقص من أجورهم شيء»(١٥) ولم يذكر إذنًا، وعن أسماء أنها جاءت النبى ﷺ

ولأنها بالغة رشيدة فجاز لها التصرف فى مالها كالتى دخل بها الزوج، وحديث عمر إن صح فلم نعلم انتشاره فى الصحابة فلا يترك به الكتاب والقياس، وعلى أن حديث عمر مختص بمنع العطية فلا يلزم منه المنع من تسليم مالها إليها ومنعها من سائر التصرفات ومالك لم يعمل به، وإنما اعتمد على إجبار الأب لها على النكاح.

ولنا: أن نمنعه وإن سلمناه فإنما أجبرها على النكاح، لأن اختبارها للنكاح ومصالحه لا يعلم إلا بمباشرته والبيع والشراء والمعاملات ممكنة قبل النكاح، وعلى هذه الرواية إذا لم تتزوج أصلاً احتمل أن يدوم الحجر عليها عملاً بعموم حديث عمر، ولأنه لم يوجد شرط دفع مالها إليها فلم يجز دفعه إليها كما لو لم ترشد، وقال القاضى: عندى أنه يدفع إليها مالها إذا عنست وبرزت للرجال يعنى: كبرت.

12- **مسألة:** (وقت الاختبار قبل البلوغ فى إحدى الروايتين).

وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى، لأن الله تعالى قال: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ (النساء: ٦) فظاهر الآية أن ابتلاءهم قبل البلوغ لوجهين: **أحدهما:** أنه سماهم يتامى وإنما يكونون يتامى قبل البلوغ، **الثانى:** أنه مد اختبارهم إلى البلوغ بلفظة «حتى» فيدل على أن الاختبار قبله، ولأن تأخير الاختبار إلى البلوغ مؤد إلى الحجر على البالغ الرشيد، لأن الحجر يمتد إلى أن يختبر، ويعلم رشده واختباره قبل البلوغ يمنع ذلك فكان أولى، لكن لا يختبر إلا المراهق المميز الذى يعرف البيع والشراء والمصلحة من المفسدة، وإذا أذن له وليه فتصرف صح تصرفه على ما نذكره، وعنه أن اختباره بعد البلوغ أومأ إليه أحمد، لأن تصرفه قبل ذلك تصرف ممن لم يوجد فيه مظنة العقل ولأصحاب الشافعى نحو هذا الوجه.

فصل: قال ﷺ: (ولا تثبت الولاية على الصبى والمجنون إلا للأب) لأنها ولاية على الصغير فقدم فيها الأب كولاية النكاح ثم وصيته بعده، لأنه نائبه أشبه وكيله فى الحياة ثم للحاكم، لأن الولاية انقطعت من جهة القرابة فتثبت للحاكم كولاية النكاح، ومذهب أبى حنيفة والشافعى أن الجد يقوم مقام الأب فى الولاية، لأنه أب.

---

(١٥) أخرجه البخارى (٣/ ح ١٤٢٥/ فتح) ومسلم (٢/ زكاة/ ٧١٠/ ح ٨١) وأبو داود (٢/ ح ١٦٨٥) والترمذى (٣/ ح ٦٧١) بنحوه، والنسائى (٥/ ح ٢٥٣٨) بنحوه، وابن ماجه (٢/ ح ٢٢٩٤) وأحمد فى مسنده (٦/ ٤٤) من حديث عائشة.

فقالت: يا رسول الله ﷺ ليس لى شىء إلا مـا أدخل علىَّ الزبير فهل علىَّ جناح أن أرضخ مما يدخل علىّ فـقال: «ارضخى ما استطعت ولا تـوعى فيوعى عليك»(١٦) متـفق عليهـما، وروى أن امرأة أتت النبى ﷺ فـقالت يا رسول الله إنا كَلٌّ على أزواجنا وآبائنا فـما يحل لنا

ولنا أن الجد لا يدلى بنفسه وإنما يدلى بالأب الأدنى فلم يل مال الصغـير كالأخ، ولأن الأب يسقط الأخوة بخلاف الجـد وترث الأم ثلث الباقى فى زوج وأم وأب، وزوجة وأم وأب بخلاف الجـد فلا يصح قيـاسه عليه فـأما من سواهم فـلا يثبت لهم ولاية، لأن المـال محله الجناية ومن سواهم قاصر السفقة غيـر مأمون على المال فلم يله كالأجنبى، ومن شرط ثبوت الولاية على المال العدالة بغيـر خلاف، لأن فى تفويضها إلى الفاسق تضييـعًا للمال فلم يجز كتفويضها إلى السـفيه، وكذلك الحكم فى السفيه إذا حجر عليه صغيـرًا واستدام الحجر عليه بعد البلوغ.

13- مسألة: (وليس لوليهما التصرف فى مالهما إلا على وجه الحظ لهما وما لا حظ فيه ليس له التصرف به كالعتق والهبة والتبرعات والمحاباة).

لقول الله سبحانه وتعالى: ﴿وَلاَ تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلاَّ بِالَّتِى هِىَ أَحْسَنُ﴾ (الانعام: ١٥٢) وقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» رواه الإمام أحـمد، وهذا فيه إضرار فإن فـعل شيئًا من ذلك أو زاد على النفقة عليهما أو على من تلزمهما مؤنته بالمعروف ضمن، لأنه مفرط فضمن كتصرفه فى مال غيرهما.

14- مسألة: (ولا يجوز أن يشترى من مالهما شيئًا لنفسه ولا يبيعها إلا الأب، لأنه غير متهم عليه لكمال شفقته).

وبه قال أبو حنيفـة ومالك والأوزاعى والشافعى وزادوا الجد، وقـال زفر: لا يجوز، لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد، ولا يجوز أن يتعلق به حكمان متضادان.

ولنا: أن هذا يلى بنفسه فجاز أن يتولى طرفى العقد كالسيد يزوج عبده أمته، ولا نسلم ما ذكره من تعلق حقـوق العقد بالعاقد، فأمـا الجد فلا ولاية له على ما ذكرناه فـهو كالأجنبى، ولأن التهـمة بين الأب وولده منتفـية إذ من طبعه الـشفقة عليـه والميل إليه وترك حظ نفـسه لحظه، وبهذا فارق الوصى والحاكم وأمينه. فأما الحاكم والوصى فلا يجوز لهما ذلك، لأنهما متهمان فى طلب الحظ لأنفسهما فلم يجز ذلك لهما بخلاف الأب.

15- مسألة: (ولوليهما مكاتبة رقيقهما وعتقه على مال).

إذا كان الحظ فيه مـثل أن تكون قيمته ألفًا فكاتبـه بألفين أو يعتقه بهما فـإن لم يكن فيها حظ لم يصح، وقال مـالك وأبو حنيفـة: لا يجوز إعتاقـه، لأن الإعتاق بمـال تعليق له على

---

(١٦) أخرجه البـخارى (٣/ ح ١٤٣٤/ فتح) ومسلم (٢/ زكـاة/ ٧١٤/ ح ٨٩) والنسائى (٥/ ح ٢٥٥٠) وأحمد فى مسنده (٦/ ٣٤٥، ٢٤٦، ٣٥٣) مَن حديث أسماء بنت أبى بكر.

من أمـوالهم؟ قال: «الرطب تأكلينه وتهـدينه» (١٧) ولأن العـادة السمـاح بذلك وطيب النفس فجرى مجـرى صريح الإذن، كما أن تقديم الطعام بين يدى الأكلة قـام مقام صريح الإذن فى أكلـه، **والرواية الثـانية:** لا يجوز لما روى أبو أمامة البـاهلى قال: سمعت رسول الله ﷺ

شرط فلم يملكه ولى اليـتيم كالتعليق على دخول الـدار، وقال الشافعى: لا يجوز كـتابته ولا إعتاقه، لأن المقصود منهما العتق دون المعاوضة فلم يجز كالإعتاق بغير عوض.

ولنا: أنها معـاوضة لليتيم فيـها حظ فملكها وليه كبـيعه، ولا عبرة بنفع العـبد ولا يضره كونه تعليـقًا فإنه إذا حـصل لليتيم حظ لم يـضره نفع غيـره ولا كون العتق حـصل بالتعليق، وفارق ما قاسـوا عليه فإنه لا نفع فيه لعـدم الحظ وانتفاء المقتضى لا لمـا ذكروه ولو قدر أن يكون فى العتق بغـير مال نفع كان نـادرًا وإن كان العتق على مال بقـدر قيمتـه أو أقل لم يجز لعدم الحظ فـيه، وقال أبو بكر: يتوجـه جواز العتق بغـير عوض للحظ فيـه مثل أن تكون له جارية وابنتهـا يساويان مائة مجـتمعتين ولو أفـردت إحداهما ساوت مائتـين ولا يمكن إفرادها بالبيع فيعتق الأخرى لتكثر قيمة الباقية فتصير ضعف قيمتيهما.

16- **مسألة:** **(وله تزويج إمائهما)** إذا وجب تزويجهن بأن يطلبن ذلك أو يرى المصلحة فيه، لأنه ولى عليهن وقائم مقام مالكهن فكان له تزويجهن كالمالك.

17- **مسألة: (وله السفر بمالهـما للتجارة فيه والمضاربة بمـال اليتيم والمجنون وله أن يدفعه مضاربة بجزء من الربح).**

أبًا كان أو وصيًا أو حاكمًا أو أمـين حاكم وهو أولى من تركه، وممن رأى ذلك ابن عمر والنخعى والحـسن بن صالح ومالـك والشافعى وأبو ثور، ويروى إباحـة التجارة به عن عـمر وعائشـة والضحاك ولا نعـلم أحدًا كرهه إلا الحـسن، ولعله أراد اجتناب المـخاطرة به ورأى خزنه أحفظ له وهو قول الجمهور، لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص عن النبى ﷺ أنه قال: «من ولى يتيمًا له مـال فليتجر له ولا يتركه حتى تأكله الصدقة» وروى مـوقوفًا على عمر وهو أصح من المرفوع، ولأن ذلك أحـفظ للمولى عليه، لتكون نفقته من فـاضله وربحه كما يفعله البالغون فى أموالهم إلا أنه لا يتجر إلا فى المواضع الآمنة ولا يدفعه إلا إلى الأمناء ولا يغرر به، وقد روى عن عائشة أنها أبضعت مال محـمد بن أبى بكر فى البحر فيحتمل أنه كان فى موضع مأمون قريب من الساحل، ويحتمل أنها جعلت ضمانه عليها إن هلك.

18- **مسألة:** **(والربح كله لليتيم).**

يعنى إذا اتجر بنفسه، وأجاز الحسن بن صالح وإسـحاق أن يأخذ الوصى مضاربة لنفسه، لأنه جاز له أن يـدفعه بذلك فـجاز أن يأخـذه بذلك له، ويتخـرج لنا مثل ذلك كمـا قلنا فى الشريك إذا فعل بنفسـه ما يجوز له الإجارة عليه فإنه يستحق الأجرة فـى أحد الوجهين كذلك

(١٧) أخرجه أبو داود (٢/ ح ١٦٨٦) والحاكم فى المستدرك (٤/ ١٣٤) وسكت عنه، وضعفه الألبانى.

يقول: «لا تنفق المرأة شـيئًا من بيتـها إلا بإذن زوجها» قيل: يا رسـول الله ولا الطعام؟ قال: «ذاك أفضل أمـوالنا»[١٨] رواه سعيد فى سننه، وقـال النبى ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نـفس منه»[١٩] وقال: «إن الله حرم بينكم دماءكم وأمـوالكم كحرمة يومكم هذا

هذا، وبه قال أبو حنيفة، والصحـيح ما قلناه، لأن الربح نماء مال اليتيم فلا يستـحقه غيره إلا بعقد، ولا يجوز أن يعقد الولى المضاربة لنفسه.

19- مسألة: (فأما إن دفعه إلى غيره فللمضارب ما جعل له الولى).

ووافقه عليه فى قولهم جـميعًا، لأن الوصى نائب عن اليتيم فيما فيـه مصلحته، وهذا فيه مصلحته أشبه تصرف المالك فى ماله.

فـصل: وله إبضاع ماله وهو دفعه إلى من يتجر به والربح كله لليتيم، لأنه إذا جاز دفعه بجزء من ربحه فدفعه إلى من يوفر الربح أولى.

20- مسألة: (ويجوز له بيعه نساء إذا كان له الحظ فى ذلك).

فإنه قد يكون أكثر ثمنًا وأنفع، لكن يحتاط على الثـمن بأن يأخذ به رهنًا أو كفيلاً موثوقًا يتحفظ الثمن به.

21- مسألة: (وله قرضه برهن).

إذا لم يكن فى قرض مال اليتيم حظ له لم يجز، وإن كان فى قرضه حظ لليتيم جاز، قال أحمد: لا تقرض مال اليتيم لأحد تريد مكافأته ومودته، ويقرض على النظر والشفقة كما صنع ابن عمر، وقيل لأحمد: ابن عمر اقترض مال اليتـيم قال: إنما استقرض نظرًا لليتيم واحتياطًا إن أصابه شىء غـرمه، قال القاضى: ومـعنى الحظ: أن يكون للصبى مال فى بلد فـيريد نقله إلى بلد آخر فيـقرضه من رجل فى ذلك البلد ليقـضيه بدله فى بلده، يقصـد بذلك حفظه من الغرر فى نقله، أو يخاف عليه الهلاك من نهب أو غرق أو غيرهما، أو يكون مما يتلف بتطاول مدته، أو حديثه خير من قديمه كالحنطة ونحوها، فيقرضه خوفًا من السوس أو تنقص قيمته، وأشباه هذا فـيجوز القرض، لأن لليتيم فـيه حظًا فجاز كالتجـارة به، وإن لم يكن فيه حظ لم يجز، لأنه تبرع بمال اليتيم فلم يجز كهبـته، وإن أراد الولى السفر لم يكن له المسافرة بماله، فإن أراد أن يودع مال اليتيم فقرضه لثقة أولى من ذلك، لأن الوديعة لا تضمن فإن لم يجد ثقة يستقـرضه فله ايداعه، أنه موضع حاجـة، وإن أودعه مع إمكان قرضه جاز ولا ضـمان عليه، لأنه ربما رأى الإيداع أولى من القرض، فلا يكون مفرطًـا وكل موضع قلنا له قرضه فلا يجوز

---

(١٨) أخرجـه أبو داود (٣/ ح ٣٥٦٥) والتـرمذى (٣/ ح ٦٧٠) وابن مـاجه (٢/ ح ٢٢٩٥) وأحمـد فى مسنده (٥/ ٢٦٧) من حديث أبى أمامة وإسناده حسن.

(١٩) أخرجه أحـمد فى مسنده (٥/ ٧٢) والدارقطنى (٣/ ٢٦) والبيهـقى فى السنن (٦/ ١٠٠) وللحديث طرق أخرى أوردها الألبانى فى الإرواء (١٤٥٩) وهو حديث صحيح.

فى شهركم هذا فى بلدكم هذا»[٢٠] ولأنه تبرع بمال غيره بغير إذنه فلم يجز كغير الزوجة، والأول أصح، لأن الأحاديث فيها خاصة صحيحة، والخاص يقدم على العام ويبينه ويعرف أن المراد بالعام غير هذه الصورة المخصوصة، والحديث الخاص لهذه الرواية ضعيف، ولا يصح

إلا لملىء أمين ليأمن جحوده وتعذر الإيفاء، وينبغى أن يأخذ رهنًا إن أمكنه فإن تعذر عليه أخذ الرهن جاز تركه فى ظاهر كلام أحمد، لأن الظاهر أن من يستقرضه لحظ اليتيم لا يبذل رهنًا، فاشتراط الرهن يفوت هذا الحظ، وظاهر كلام شيخنا فى هذا الكتاب المشروح، أنه لا يجوز وكذلك ذكره أبو الخطاب، لأن فيه احتياطًا للمال، فإن تركه احتمل أن يضمن أن ضاع المال لتفريطه واحتمل أن لا يضمن، لأن الظاهر سلامته وهذا ظاهر كلام أحمد لكونه لم يذكر الرهن.

فصل: قال أبو بكر: **هل يجوز للوصى أن يستنيب فيما يتولى مثله بنفسه؟** على روايتين بناء على الوكيل، وقال القاضى: يجوز ذلك للوصى، وفى الوكيل روايتان وفرق بينهما بأن الوكيل يمكنه الاستئذان والوصى بخلافه.

22- مسألة: (وله شراء العقار لهما وبناؤه بما جرت عادة أهل بلده به).

إذا رأى المصلحة فى ذلك كله، لأنه مصلحة له فإنه يحصل له الفضل ويبقى الأصل والغرر فيه أقل من التجارة، لأن أصله محفوظ.

فصل: ويجوز أن يبنى لهما عقاراً، لأنه فى معنى الشراء أحظ، وهو ممكن فيتعين تقديمه، وإذا أراد بناءه بناه بما يرى الحظ فيه مما جرت عادة أهل البلد به، وقال أصحابنا: يبنيه بالآجر والطين لا يبنى باللبن، لأنه إذا هدم لا مرجوع له، ولا بجص، لأنه يلتصق بالآجر فلا يخلص منه فإذا انهدم فسد الآجر، لأن تخليصه منه يفضى إلى كسره، وهذا مذهب الشافعى والذى قلناه أولى إن شاء الله، فإنه إذا كان الحظ له فى البناء بغيره فتركه ضيع حظه وماله، ولا يجوز تضييع الحظ العاجل وتحمل الضرر الناجز المتيقن، لتوهم مصلحة بقاء الآجر عند هدم البناء، ولعل ذلك لا يكون فى حياته ولا يحتاج إليه، مع أن كثيراً من البلدان لا يوجد فيها الآجر، وكثير منها لم تجر عادتهم بالبناء به، فلو كلفوا البناء به لاحتاجوا إلى غرامة كثيرة لا يحصل منها طائل، فعلى هذا يحمل قول أصحابنا على من عادتهم البناء بالآجر كالعراق ونحوها، ولا يصح حمله فى حق غيرهم وإنما يفعل ما ذكرنا من الشراء والبناء، إذا رأى المصلحة فيه والحظ لهما.

23- مسألة: (وله شراء الأضحية لليتيم الموسر).

نص عليه إذا كان له مال كثير لا يتضرر بشرائها، فيكون ذلك على وجه التوسعة فى النفقة فى هذا اليوم الذى هو يوم عيد وفر، وفيه جبر قلبه وإلحاقه بمن له أب فينزل منزلة

---

(٢٠) تقدم تخريجه فى المسألة (٥٩١) برقم (٨٢).

قياس المرأة علـى غيرها لأنها بحكم العادة تتصـرف فى مال زوجها وتتبسط فيـه وتتصدق منه لحضورها وغيبته والإذن العرفى يقوم مقام الإذن الحقيقى، فصار كأنه قال لها افعلى هذا، فإن منعها ذلك وقال: لا تتصدقى بشىء ولا تتبعرى من مالى بقليل ولا كثير لم يجز لها ذلك لأن المنع الصريح نفى للإذن العـرفى، ولو كان فى بيت الرجل من يقوم مـقام امرأته كجـاريته أو

الثياب الحسنة، وشراء اللحـم سيما مع استحباب التوسعـة فى هذا اليوم، وجرى العادة بدليل قول النبى ﷺ: «إنها أيام أكل وشرب وذكر لله عـز وجل» رواه مسلم وهذا قول أبى حنيفة ومالك، قـال مالك: إذا كـان له ثلاثون ديناراً يضحى عنه بـالشاة بنصف دينار، وعن أحـمد رحمه الله رواية أخرى لا يجوز، وهو مذهب الشافعى، لأنه إخراج شىء من ماله بغير عوض فلم يجز كـالهدية، قال شـيخنا: ويحتـمل أن يحمل كلام أحـمد فى الروايتـين على حالين، فالموضع الذى منع التضحية إذا كان الطفل لا يعـقل التضحية، ولا يفرح بها، ولا ينكسر قلبه بتركـها لعدم الفائدة فـيها، والموضع الذى أجـازها إذا كان اليتيم يعـقلها، وينجبر قلبـه بها، وينكسر بتركها، لحصول الفائدة فيـها، وعلى كل حال من ضحى عن اليتيم لم يتصدق بشىء منها ويوفرها لنفسه، لأنه لا تحل الصدقة بشىء من مال اليتيم تطوعًا.

فـصل: ومتى كان خلط مال اليتيم أرفق به، وألين فى الجبر وأمكن فى حصول الأدم فهو أولـى، وإن كان الإفراد أرفق به أفرده لقول الله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَأَعْنَتَكُمْ﴾ (البقـرة: ٢٢٠) أى: ضَيَّق عليكم وشدد، من قولهم: أعنت فلان فلانًا إذا ضيق عليه وشدد.

24- **مسألة: (ويجوز تركه فى المكتب وأداء الأجرة عنه بغير إذن الحاكم).**

وحكى لأحمد قول سفيـان: لا يسلم الوصى الصبى إلا بإذن الحاكم فأنكر ذلك، وذلك لأن المكتب من مصالحه فجرى مجرى نفقـته لمأكوله وملبوسه، وكذلك يجوز أن يسلمه فى صناعة إذا كانت مصلحته فى ذلك لما ذكرناه.

25- **مـــســـألة: (ولا يـبيع عقـارهم إلا ضـرورة أو غبطة، وهو أن يـزاد فى ثمنه الثلث فصاعدًا).**

وجـــملة **ذلك** أنه لا يجوز بيع عقـاره لغير حاجة، لأننا نأمره بالشراء لـما فيه من الحظ فبيـعه إذًا تفويت للحظ فإن احتـيج إلى بيعه جاز، قال أحمـد: يجوز للوصى بيع الدور على الصغار إذا كان أحظ لهم، وبه قال الثورى والشافعى وأصحاب الرأى وإسحاق، قالوا: يبيع إذا رأى الصلاح، قال القاضى: لا يجوز بيعه إلا فى موضعين: **أحدهـما:** أن يكون فيه ضرورة إلى كسوة أو نفـقة أو قضاء دين أو ما لا بد منه، وليس له ما تندفع بـه حاجته، **الثـانى:** أن يكون فى بيعه غبطة وهو أن يبذل فيه زيادة كثيرة على ثمن مثله، قال أبو الخطاب كالثلث فما زاد أو يخاف عليه الهـلاك بغرق أو خراب أو نحوه، وهذا الذى ذكره شـيخنا فى المقنع وهو

أخته أو غلامه المتصرف فى بيت سيده وطعامه جرى مجرى الزوجة فيما ذكرنا لوجود المعنى فيه، ولو كانت امرأته ممنوعة من التصرف فى بيت زوجها كالتى يطعمها بالفرض ولا يمكنها من طعامه، ولا من التصرف فى شىء من ماله لم يجز لها الصدقة بشىء من ماله لعدم المعنى فيها، والله أعلم.

قول فى مذهب الشافعى، وكلام أحمد يقتضى إباحة البيع فى كل موضع يكون نظرًا لهم ولا يختص بما ذكروه فإن الولى قد يرى الحظ فى غير هذا، مثل أن يكون فى مكان لا ينتفع به أو نفعة قليل فيبيعه، ويشترى له فى مكان يكثر نفعه، أو يرى شيئًا فى شرائه غبطة لا يمكنه شراؤه إلا ببيع عقاره، وقد تكون داره بمكان يتضرر الغلام بالمقام فيها، لسوء الجوار أو غيره فيبيعها ويشترى له بثمنها دارًا يصلح له المقام بها، وأشباه هذا مما لا ينحصر، وقد لا يكون له حظ فى بيع عقاره وإن دفع مثلاً ثمنه إما لحاجته إليه وإما، لأنه لا يمكن صرف ثمنه فى مثله فيضيع الثمن ولا يبارك فيه، فقد جاء عن النبى ﷺ: «من باع دارًا أو عقارًا ولم يصرف ثمنه فى مثله لم يبارك له فيه» فلا يجوز بيعه إذًا، فلا معنى لتقييد بما ذكروه فى الجواز ولا فى المنع، بل متى كان الحظ فى بيعه جاز، وما لا فلا، وهذا اختيار شيخنا وهو الصحيح إن شاء الله تعالى.

26- مسألة: (وإن وصى لأحدهما بمن يعتق عليه ولا تلزمه نفقته لإعسار الموصى له أو غير ذلك وجب على الولى قبول الوصية).

لأنه مصلحة ليس فيها ضرر، وإن كانت تلزمه نفقته لم يجز له قبولها لما فيه من الضرر بتفويت ماله بالنفقة عليه.

فصل: قال رحمه الله **(ومن فك عنه الحجر فعاوده السفه أعيد الحجر عليه).**

وجملة ذلك أن المحجور عليه إذا فك عنه الحجر لرشده وبلوغه، ودفع إليه ماله ثم عاد إلى السفه أعيد عليه الحجر، وبه قال القاسم بن محمد ومالك والأوزاعى والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأبو عبيد وأبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: لا يبتدأ الحجر على بالغ عاقل، وتصرفه نافذ، روى ذلك عن ابن سيرين والنخعى، لأنه مكلف فلم يحجر عليه كالرشيد.

ولنا ما روى عروة بن الزبير أن عبد الله بن جعفر ابتاع بيعًا فقال على: لآتين عثمان ليحجر عليك فأتى عبد الله بن جعفر الزبير فقال: قد ابتعت بيعًا وإن عليًا يريد أن يأتى أمير المؤمنين عثمان فيسأله الحجر علىَّ، فقال الزبير: أنا شريكك فى البيع، فأتى على عثمان فقال: إن ابن جعفر قد ابتاع بيع كذا فاحجر عليه، قال الزبير: أنا شريكه فى البيع، فقال عثمان: كيف أحجر على من شريكه الزبير؟.

قال أحمد: لم أسمع هذا إلا من أبى يوسف القاضى، وهذه قضية يشتهر مثلها ولم يخالفها أحد فى عصرهم فتكون إجماعًا، ولأنه سفيه فحجر عليه كما لو بلغ سفيهًا، فإن العلة

٨١٢- **مسألة:** قال: (والرشد الصلاح فى المال).

هذا قول أكثر أهل العلم منهم: مالك وأبو حنيـفة، وقال الحسن والشافعى وابن المنذر: الرشد صلاحه فى دينه وماله لأن الفاسق غير رشـيد ولأن إفساده لدينه يمنع الثقة به فى حفظ ماله، كما يمنع قبول قوله وثبوت الولاية على غيره، وإن لم يعرف منه كذب ولا تبذير.

التى اقتضت الحـجر عليه إذا بلغ سفيهًـا سفهه وهو موجود، ولأن السـفه لو قارن البلوغ منع دفع ماله إليـه، فإذا حـدث وجب انتزاع المال كـالجنون، وفارق الرشـيد فإن رشـده لو قارن البلوغ لم يمنع دفع مـاله إليه، إذا ثبت ذلك ذلـك فلا يحجـر عليه إلا الـحاكم، وبهـذا قال الشافعى وقـال محمد: يصـير محجـوراً عليه بمجرد تبـذيره، لأن ذلك سبب الحجر فـأشبه الجنون.

ولنا: أن التـبذير يختلف ويـختلف فيـه ويحتـاج إلى الاجتهـاد، فإذا افـتقر الـسبب إلى الاجتهـاد لم يثبت إلا بحكم حاكم كالحجـر على المفلس، وفارق الجنون فإنه لا يفـتقر إلى الاجتهاد ولا خلاف فيه.

27- **مسألة:** (ولا ينظر فى ماله إلا الحاكم).

لأن الحجر عليه يفتقر إلى الحاكم فكذلك النظر فى ماله.

28- **مسألة:** (ولا ينفك عنه الحجر إلا بحكمه).

يعنى: إذا رشـد احتاج فك الحـجر إلى حكم الـحاكم، وبه قال الـشافعى وقـيل: ينفك بمجـرد رشده، قاله أبو الخطاب، لأن سـبب الحجر زال فـيزول بزواله كمـا فى حق الصبى والمجنون.

ولنا: أنه حجر ثبت بحكم الحـاكم، فلا يزول إلا بحكمه كالمفلس ولأن الرشـد يحتاج إلى تأمل واجـتهـاد فى معـرفـته، وزوال تبـذيره فكان كابتـداء الحـجر عليـه وفارق الصـبى والمجنون، فإن الحجر عليهما بغير حكم الـحاكم، فيزول بغير حكمه، ولأننا لو وقفنا صحة تصرف الناس على الحاكم كان أكـثر الناس محجوراً عليهم، قال أحمـد: والشيخ الكبير ينكر عقله يحجر عليـه، يعنى: إذا كبر واختل عقله حجر عليه بـمنزلة المجنون، لأنه يعجز بذلك عن التصرف فى ماله على وجه المصلحة وحفظه فأشبه الصبى والمجنون.

29- **مسألة:** (ويستحب إظهار الحجر عليه وأن يشهد عليه الحاكم).

ليظهر أمره فيـجتنب معاملته، وإن رأى أن يأمر مناديًا ينادى بذلك ليـعرفه الناس فعل ولا يشترط الإشهاد، لأنه قد ينتشر أمره لشهرته.

30- **مسألة:** (ويصح تزويجه بإذن وليه).

وبغير إذنه وهو قـول أبى حنيفة واختاره القاضى، وقـال أبو الخطاب: لا يصح بغير إذن وليه وهو قول الشافعى وأبى ثور، لأنه تصرف يجب به مال فلم يصح بغير إذن وليه كالشراء،

ولنا قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ (النساء: ٦) قال ابن عباس: يعنى صلاحًا فى أموالهم: وقال مجاهد: إذا كان عاقلاً ولأن هذا إثبات فى نكرة، ومن كان مصلحًا لماله فقد وجد منه رشد، ولأن العدالة لا تعتبر فى الرشد فى الدوام فلا تعتبر فى الابتداء كالزهد فى الدنيا، ولأن هذا مصلح لماله فأشبه العدل، يحققه أن الحجر عليه إنما كان لحفظ ماله عليه فالمؤثر فيه ما أثر فى تضييع المال أو حفظه، وقولهم: إن الفاسق غير رشيد قلنا: هو غير رشيد فى دينه أما فى ماله وحفظه فهو رشيد، ثم هو منتقض

ووجه الأول أنه عقد غير مالى، فصح منه كخلعه وطلاقه، وإن لزم منه المال فحصوله بطريق الضمن فلم يمنع صحة التصرف.

فصل: وإن خالع صح خلعه، لأنه إذا صح الطلاق ولا يحصل منه شيء فالخلع الذى يحصل به المال أولى، إلا أن العوض لا يدفع إليه، وإن دفع إليه لم يصح قبضه، وقال القاضى: يصح وسنذكر ذلك فى باب الخلع، فإن قلنا: لا يصح القبض فأتلفه بعد قبضه فلا ضمان عليه، ولا تبرأ المرأة بدفعه إليه وهو من ضمانها إن أتلفه أو تلف فى يده لأنها سلطته عليه.

31- **مسألة: وهل يصح عتقه؟** على روايتين: **إحدهما:** لا يصح، وهو قول القاسم بن محمد والشافعى **والثانية:** يصح، لأنه عتق من مكلف مالك تام الملك فصح كعتق الراهن والمفلس.

ولنا أنه تصرف فى ماله فلم يصح كسائر تصرفاته، ولأنه تبرع فأشبه هبته ووقفه، ولأنه محجور عليه لحفظه ماله عليه فلم يصح كعتق الصبى والمجنون وفارق المفلس والراهن فإن الحجر عليهما لحق غيرهما وفى عتقهما خلاف أيضًا قد ذكرناه.

فصل: ويصح تدبيره ووصيته، لأن ذلك محض مصلحة، لأنه تقرب إلى الله تعالى لماله بعد غناه عنه ويصح استيلاده وتعتق الأمة المستولدة بموته، لأنه إذا صح ذلك من المجنون فمن السفيه أولى، وله المطالبة بالقصاص، لأنه موضوع للتشفى والانتقام وهو من أهله وله العفو على مال، لأنه تحصيل للمال لا تضييع له، وإن عفا على غير مال، وقلنا: الواجب القصاص عينًا فصح عفوه، لأنه لم يتضمن تضييع المال، وإن قلنا: أحد شيئين لم يصح عفوه عن المال ووجب المال كما لو سقط القصاص بعفو أحد الشريكين.

وإن أحرم بالحج صح، لأنه مكلف أشبه غيره، ولأنه عبادة فصحت منه كسائر العبادات فإن كان أحرم بفرض دفع إليه النفقة من ماله ليسقط الفرض عن نفسه وإن كان تطوعًا وكانت نفقته فى السفر كنفقته فى الحضر دفعت، لأنه لا ضرر فى إحرامه فإن زادت نفقة السفر فقال: أنا أكسب تمام نفقتى دفعت إليه أيضًا، لأنه لا يضر بماله وإن لم يكن له كسب فلوليه تحليله، لما فى مضيه فيه من تضييع ماله ويتحلل بالصيام كالمعسر، لأنه ممنوع من التصرف

بالكافر فإنه غير رشيد ولم يحجر عليه(٢١) من أجله، ولو كانت العدالة شرطًا فى الرشد لزال بزوالها كحفظ المال ولا يلزم من منع قبول القول منع دفع ماله إليه، فإن من يعرف بكثرة الغلط والغفلة والنسيان أو مَنْ يأكل فى السوق ويمد رجليه فى مجامع الناس وأشباههم لا تقبل شهادتهم وتدفع إليهم أموالهم، إذا ثبت هذا فإن الفاسق إن كان ينفق ماله فى المعاصى كشراء

فى ماله، ويحتمل أن لا يملك وليه تحليله بناء على العبد إذا أحرم بغير إذن سيده، وإن لزمه كفارة يمين أو ظهار أو قتل أو وطء فى نهار رمضان كَفَّرَ بالصيام، لما ذكرنا، وإن أعتق أو أطعم لم يجزه، لأنه ممنوع من ماله أشبه المفلس، وبهذا قال الشافعى، ويتخرج أن يجزئه العتق بناء على قولنا بصحة عتقه، وإن نذر عبادة بدنية لزمه فعلها، لأنه غير محجور عليه فى بدنه، وإن نذر الصدقة بمال لم يصح منه وكَفَّر بالصيام، فإن فك الحجر عنه قبل تكفيره فى هذه المواضع لزمه العتق إن قدر عليه ومقتضى قول أصحابنا: أنه يلزمه الوفاء بنذره بناء على قولهم فيمن أقر قبل فك الحجر عنه ثم فك الحجر عنه أنه يلزمه أداؤه، وإن فك بعد تكفيره لم يلزمه شىء كما لو كَفَّر عن يمينه بالصيام ثم فك الحجر عنه.

32- مسألة: **(وإن أقر بحد أو قصاص أو نسب أو طلق زوجته أخذ به).**

وجملة ذلك أن المحجور عليه لسفه أو فلس إذا أقر بما يوجب حدًا أو قصاصًا كالزنا والسرقة والقذف والقتل والشرب أو قطع اليد وما أشبههما فإنه يصح إقراره ويلزمه حكم ذلك فى الحال بغير خلاف علمناه، قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن إقرار المحجور عليه على نفسه جائز إذا كان إقراره بزنا أو سرقة أو شرب خمر أو قذف وأن الحدود تقام عليه وهذا قول الشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم وذلك، لأنه غير متهم فى حق نفسه، والحجر إنما تعلق بماله فقبل إقراره على نفسه بما لا يتعلق بالمال، وإن طلق زوجته نفذ طلاقه فى قول الأكثرين، وقال ابن أبى ليلى: لا يقع، لأن البضع يجرى مجرى المال بدليل أنه يملكه بمال، ويصح أن يزول ملكه عنه بمال فلم يملك التصرف فيه كالمال.

ولنا: أن الطلاق ليس بتصرف فى المال ولا يجرى مجراه فلا يمنع منه كالإقرار منه بالحد والقصاص ودليل أنه لا يجرى مجرى المال أنه يصح من العبد بغير إذن سيده مع منعه من التصرف فى المال، ولأنه مكلف طلق امرأته مختاراً فوقع طلاقه كالعبد والمكاتب.

فصل: وإن أقر بما يوجب القصاص فعفا المقر له على مال احتمل أن يجب المال، لأنه عفو عن قصاص ثابت فصح كما لو ثبت بالبينة، واحتمل أن لا يصح لئلا يتخذ ذلك وسيلة إلى الإقرار بالمال بأن يتواطأ المحجور عليه والمقر له على الإقرار بالقصاص والعفو عنه إلى

---

(٢١) لذلك، وكذلك لو طرأ الفسق على المسلم بعد دفع ماله إليه لم يزل رشده ولم يحجر عليه، أثبتناه من هـ.

الخمر وآلات اللهو أو يتوصل به إلى الفساد فهو غير رشيد لتبذيره لماله وتضييعه إياه فى غير فائدة، وإن كان فسقه لغير ذلك كالكذب ومنع الزكاة وإضاعة الصلاة مع حفظه لماله دفع ماله إليه، لأن المقصود بالحجر حفظ المال وماله محفوظ بدون الحجر ولذلك لو طرأ الفسق بعد دفع ماله إليه لم ينزع منه.

مال، ولأنه وجوب مال مستنده إقراره فلم يثبت كالإقرار به ابتداء فعلى هذا القول يسقط القصاص ولا يجب المال فى الحال.

فصل: وإن أقر بنسب ولد قبل منه ، لأنه ليس بإقرار بمال ولا تصرف فيه فقبل كإقراره بالحد والطلاق، وإذا ثبت النسب لزمته أحكامه من النفقة وغيرها، لأن ذلك حصل ضمنًا لما صح منه فأشبه نفقة الزوجة.

33- **مسألة:** قال: (وإن أقر بمال لم يلزمه فى حال حجره، ويحتمل أن لا يلزمه مطلقًا) .

إذا أقر السفيه بمال كالدين أو ما يوجبه كجناية الخطأ وشبه العمد وإتلاف المال وغصبه وسرقته لم يقبل إقراره به، لأنه محجور عليه لحظه فأشبه الصبى والمجنون ولأنا لو قبلنا إقراره فى مال لزال فائدة الحجر، لأنه يتصرف فى ماله ثم يقر به فيأخذه المقر له، ولأنه أقر بما هو ممنوع من التصرف فيه فلم ينفذ كإقرار الراهن على الرهن والمفلس على المال، وظاهر قول الأصحاب أنه يلزمه ما أقر به بعد فك الحجر عنه، وهو قول أبى ثور واختيار الخرقى، لأنه مكلف أقر بما يلزمه فى الحال فلزمه بعد فك الحجر عنه كالعبد يقر بالدين وكإقرار الراهن على الرهن وكإقرار المفلس، ويحتمل أن لا يصح إقراره ولا يوخذ به فى الحكم بحال، وهذا مذهب الشافعى، لأنه محجور عليه لعدم رشده فلم يلزمه حكم إقراره بعد فك الحجر عنه كالصبى والمجنون ولا المنع من نفوذ إقراره فى الحال إنما ثبت لحفظ ماله عليه ودفع الضرر عنه، فلو نفذ بعد فك الحجر عنه لم يفد إلا تأخير الضرر عليه إلى أكمل حالتيه وفارق المحجور عليه لحق غيره فإن المانع تعلق حق الغرماء بماله، فيزول المانع بزوال الحق عن ماله فيثبت مقتضى إقراره، وفى مسألتنا انتفى الحكم لخلل فى الإقرار فلم يثبت كونه سببًا وبزوال الحجر لم يكمل السبب فلا يثبت الحكم مع اختلال السبب كما لا يثبت بعد فك الحجر، ولأن الحجر لحق الغير فلم يمنع تصرفهم فى ذممهم فأمكن تصحيح إقرارهم فى ذممهم على وجه لا يضر بغيرهم، والحجر ههنا لحظ نفسه من أجل ضعف قلبه وسوء تصرفه، ولا يندفع الضرر إلا بإبطال إقراره بالكلية كالصبى والمجنون، فأما صحته فيما بينه وبين الله تعالى فإن علم صحة ما أقر به كدين لزمه من جناية أو دين لزمه قبل الحجر عليه فعليه أداؤه، لأنه علم أن عليه حقًا فلزمه أداؤه كما لو لم يقر به، وإن علم فساد إقراره مثل أن علم أنه أقر بدين ولا دين عليه أو بجناية لم توجد منه أو أقر بما لا يلزمه، مثل أن أتلف مال

فــصل: وإنما يعـرف رشده باختـبار لقول الله تـعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾ (النساء: ٦) يعنى اختبروهم كقوله تعالى: ﴿لِيَبْلُوَكُمْ أَيُّكُمْ أَحْسَنُ عَمَلاً﴾ (الملك: ٢) أى

من دفعـه إليه بقرض أو بيـع لم يلزمـه أداؤه، لأنه يعلم أنه لا دين عليه فلم يلزمه كـما لو لم يقر به.

34- **مـسألة:** **(وحكم تصرف وليه حكم تصرف ولى الصبى والمجنون على ما ذكرنا من قبل).**

لأنه محجور عليه لحظه فهو كالصبى والمجنون.

35- **مـسـألة:** قال الشيخ رحمه الله: **(وللولى أن يأكل من مال المولى عليـه بقدر عمله إذا احتاج إليه).**

وإن كان غـنيّا لم يجـز له ذلك، إذا لم يكن أبًا، لقول الله تعـالى: ﴿وَمَن كَـانَ غَنِيًّـا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (النساء: ٦) وإذا كان فقيرًا فله أقل الأمرين: أجرته أو قدر كفايته، لأنه يستحقه بالعمل والحاجـة جميعًا فلم يجز أن يأخذ إلا ما وجدا فيه، وقال ابن عـقـيل: يأكل، وإن كان غـنيّا قـيـاسًـا على العـمل فى الزكاة، والآيـة محـمـولة على الاستحباب، والأول أولى لظاهر الآية.

36- **مـسألة:** **(وهل يلزمه عوض ذلك إذا أيسر؟ على روايتين).**

أمـا إذا كان أبًا فـلا يلزمـه رواية واحدة، لأن للأب أن يأخـذ من مـال ولده ما شـاء مع الحاجة وعـدمها، وإن كان غـير الأب لم يلزمه عوض ذلك فى إحدى الـروايتين، وهذا قول الحسن والنخعى وأحـد قولى الشافعى، لأن الله تعالى أمـر بالأكل من غير ذكر عوض فـأشبه سائر ما أمر بأكله، ولأنه عوض عن عمله فلم يلزمه بدله كالأجير والمضارب **والثانـية:** يلزمه عوضه وهو قول عبيـدة السلمانى وعطاء ومجاهد وسعيد بن جبير وأبى العـالية، لأنه استباحه بالحاجة من مال غـيره فلزمه قضاؤه كالمضطر إلـى طعام غيره، والأول أصح، لأنه لو وجب عليه إذا أيسر لكان واجبًـا فى الذمة قبل اليسار، فإن اليسار ليس سببًا للوجوب فإذا لم يجب بالسبب الذى هو الأكل لم يجب بعده وفارق المضطر فإن العوض واجب عليه فى ذمته، ولأنه لم يأكله عوضًا عن شىء، وهذا بخلافه.

37- **مـسألة:** **(وكذلك يخرج فى الناظر فى الوقف).**

قياسًا عليه.

38- **مـسـألة:** **(ومتى زال الحجر عنه فادعى على الولى تعديًا أو ما يوجب ضمانًا فالقول قول الولى).**

إذا ادعى الولى الإنفاق على الصبى والمجنون أو على ماله أو عـقاره بالمعروف من ماله، أو ادعى أنه باع عقارًا لحظه أو بناه لمصلحته أو أنه تلف قـبل قوله، وقال أصحاب الشافعى:

يختبركم، واختباره بتفويض التصرفات التى يتصرف فيها أمثاله إليه، فإن كان من أولاد التجار فوّض إليه البيع والشراء، فإذا تكررت منه فلم يغبن ولم يضيع ما فى يديه فهو رشيد، وإن كان

لا يمضى الحاكم بيع الأمين والوصى حتى يثبت عنده الحظ ببينة، ولا يقبل قولهما فى ذلك ويقبل قول الأب والجد.

ولنا: أن من جاز له بيع العقار وشراؤه لليتيم يجب أن يقبل قوله فى الحظ كالأب والجد، ولأنه يقبل قوله فى عدم التفريط فيما تصرف فيه من غير العقار فيقبل قوله فى العقار كالأب، وإذا بلغ الصبى فادعى أنه لا حظ له فى البيع لم يقبل إلا ببينة، فإن لم تكن بينة فالقول قول الولى مع يمينه، وإن قال الولى: أنفقت عليك منذ ثلاث سنين، وقال الغلام: إنما مات أبى منذ سنتين فقال القاضى: القول قول الغلام، لأن الأصل حياة والده واختلافهما فى أمر ليس الوصى أمينًا فيه فقدم قول من يوافق قوله الأصل.

39- مسألة: (وكذلك القول قوله فى دفع المال إليه بعد رشده).

لأنه أمين فأشبه المودع، ويحتمل أن القول قول الصبى، لأن أصله معه، ولأن الله سبحانه قال: ﴿**فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ**﴾ (النساء: ٦) فمن ترك الإشهاد فقد فرط، فلزمه الضمان والأول المذهب وكذلك الحكم فى المجنون والسفيه.

40- مسألة: (وهل للزوج أن يحجر على امرأته فى التبرع بما زاد على الثلث من مالها؟ على روايتين).

إحداهما: ليس له الحجر عليها وهو قول أبى حنيفة والشافعى وابن المنذر وهو ظاهر كلام الخرقى **والثانية**: ليس لها أن تتصرف فى مالها بزيادة على الثلث بغير عوض إلا بإذن زوجها، وبه قال مالك وحكى عنه فى امرأة حلفت بعتق جارية ليس لها غيرها فحنثت ولها زوج فرد ذلك عليها زوجها، قال له: أن يرد عليها وليس لها عتق، لما روى أن امرأة كعب ابن مالك أتت النبى ﷺ بحلى لها فقال لها النبى ﷺ: «لا يجوز للمرأة عطية حتى يأذن زوجها فهل استأذنت كعبًا» فقالت: نعم فبعث رسول الله ﷺ إلى كعب فقال: «هل أذنت لها أن تتصدق بحليها؟» فقال: نعم فقبله، رواه ابن ماجه، وروى أيضًا عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال فى خطبة خطبها: «لا يجوز لامرأة عطية فى مالها إلا بإذن زوجها إذ هو مالك عصمتها» رواه أبو داود، ولفظه عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ قال: «لا يجوز لأمرأة عطية إلا بإذن زوجها» ولأن حق الزوج متعلق بما لها فإن النبى ﷺ قال: «تنكح المرأة لمالها وجمالها ودينها» والعادة أن الزوج يزيد فى مهرها من أجل مالها ويتبسط فيه وينتفع به، وإذا أعسر بالنفقة أنظرته فجرى ذلك مجرى حقوق الورثة المتعلقة بمال المريض.

ولنا قول الله تعالى: ﴿**فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ**﴾ (النساء: ٦) وهو ظاهر

من أولاد الدهاقين والكبراء الذين يصان أمثالهم عن الأسواق رفعت إليه نفقة مدة لينفقها في مصالحه فإن كان قيمًا بلك يصرفها في مواقعها، ويستوفي على وكيله ويستقصي عليه فهو

في فك الحجر عنهم وإطلاقهم في التصرف، وقد ثبت أن النبي ﷺ قال: «يا معشر النساء تصدقن ولو من حليكن» وأنهن تصدقن فقبل صدقتهن ولم يسأل ولا استفصل، وأتته زينب امرأة عبد الله وامرأة أخرى اسمها زينب فسألته عن الصدقة هل يجزئهن أن يتصدقن على أزواجهن وأيتام لهن، فقال: «نعم» ولم يذكر لهن هذا الشرط، ولأن من وجب دفع ماله إليه لرشده جاز له التصرف فيه من غير إذن كالغلام، ولأن المرأة من أهل التصرف ولا حق لزوجها في مالها فلم يملك الحجر عليها في التصرف بجميعه كأختها، وحديثهم ضعيف وشعيب لم يذكر عبد الله بن عمرو فهو مرسل ويمكن حمله على أنه لا يجوز عطيتها من ماله بغير إذنه بدليل أنه يجوز عطيتها ما دون الثلث من مالها، وليس معهم حديث يدل على تحديد المنع بالثلث، والتحديد بذلك تحكم ليس فيه توقيف ولا عليه دليل، ولا يصح قياسهم على المريض لوجوه:

أحدها: أن المرض سبب يفضي إلى وصول المال إليهم بالميراث، والزوجية إنما تجعله من أهل الميراث فهي وصفي العلة فلا يثبت الحكم بمجردها كما لا يثبت للمرأة الحجر على زوجها ولا لسائر الوراث بدون المرض، **الثاني:** أن تبرع المريض موقوف فإن برئ من مرضه صح تبرعه وههنا أبطلوه على كل حال، والفرع لا يزيد على أصله، **الثالث:** أن ما ذكروه منتقض بالمرأة فإنها تنتفع بمال زوجها وتنبسط فيه عادة ولها النفقة منه، وانتفاعها بماله أكثر من انتفاعه بمالها وليس لها الحجر عليه، على أن هذا المعنى ليس بموجود في الأصل ومن شرط صحة القياس وجود المعنى المثبت للحكم في الأصل والفرع جميعًا.

فصل: في الإذن، قال الشيخ رحمه الله : **(يجوز لولي الصبي المميز أن يأذن له في التجارة في إحدى الروايتين)**.

ويصح تصرفه بالإذن وهذا قول أبي حنيفة، **والثانية:** لا يصح حتى يبلغ وهو قول الشافعي، لأنه غير مكلف أشبه غير المميز، ولأن العقل لا يمكن الوقوف منه على الحد الذي يصلح به للتصرف لخفائه وتزايده تزايدًا خفي التدريج فجعل الشارع له ضابطًا وهو البلوغ فلا تثبت له أحكام العقلاء قبل وجود المظنة.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿**وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ**﴾ (النساء: ٦) ومعناه: اختبروهم لتعلموا رشدهم، وإنما يتحقق اختبارهم بتفويض التصرف إليهم من البيع والشراء ليعلم هل يغبن أم لا؟ ولأنه عاقل مميز محجور عليه فصح تصرفه بإذن وليه كالعبد، وفارق غير المميز فإنه لا تحصل المصلحة بتصرفه لعدم تمييزه ومعرفته ولا حاجة إلا اختباره، لأنه قد علم حاله، وقولهم: إن العقل لا يمكن الاطلاع

رشيد، والمرأة يفوّض إليها ما يفوّض إلى ربة البيت من استئجار الغزالات وتوكيلها فى شراء الكتان وأشباه ذلك، فإن وجدت ضابطة لما فى يديها مستوفية من وكيلها فهى رشيدة ووقت الاختبار قبل البلوغ فى إحدى الروايتين وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى، لأن الله تعالى قال: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ (النساء: ٦)

عليه، قلنا: يعلم ذلك بآثاره وجريان تصرفاته على وفق المصلحة كما يعلم فى حق البالغ، فإن معرفة رشده شرط دفع ماله إليه وصحة تصرفه، ويحتمل أن يصح ويقف على إجازة الولى وهو قول أبى حنيفة ومبنى ذلك على ما إذا تصرف فى مال غيره بغير إذنه وقد ذكرناه فيما مضى.

41- **مسألة:** (ويجوز ذلك لسيد العبد).

بغير خلاف نعلمه، لأن الحجر عليه إنما كان لحق السيد فجاز له التصرف بإذنه لزوال المانع.

مسألة: (ولا ينفك عنهما الحجر إلا فيما أذن لهما فيه وفى النوع الذى أمرا به).

لأن تصرفه إنما جاز بإذن وليه وسيده، فزال الحجر فى قدر ما أذنا فيه دون غيره كالتوكل، فإن دفع السيد إلى عبده مالاً يتجر فيه كان له أن يبيع ويشترى ويتجر به، وإن أذن له أن يشترى فى ذمته جاز، وإن عين له نوعًا من المال يتجر فيه لم يكن له أن يتجر فى غيره وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: يجوز أن يتجر فى غيره وينفك عنه الحجر مطلقًا، لأن إذنه إطلاق من الحجر وفك له والإطلاق لا يبعض كبلوغ الصبى.

ولنا أنه متصرف بالإذن من جهة الآدمى فوجب أن يختص ما أذن له فيه كالوكيل والمضارب وما قاله ينتقض بما إذا أذن له فى شراء ثوب ليلبسه أو طعام ليأكله ويخالف البلوغ فإنه يزول به المعنى الموجب للحجر فإن البلوغ مظنه كمال العقل الذى يتمكن به من التصرف على وجه المصلحة، وههنا الرق سبب الحجر وهو موجود فنظير البلوغ فى الصبى العتق للعبد، وإنما يتصرف العبد بالإذن ألا ترى أن الصبى يستفيد بالبلوغ قبول النكاح بخلاف العبد.

42- **مسألة:** (وإن أذن له فى جميع أنواع التجارة لم يجز أن يؤجر نفسه ولا يتوكل لغيره)

وبه قال الشافعى وجوزهما أبو حنيفة، لأنه يتصرف لنفسه فملك ذلك كالمكاتب.

ولنا: أنه عقد على نفسه فلا يملكه بالإذن فى التجارة كبيع نفسه وتزويجه، وقولهم: يتصرف لنفسه ممنوع إنما يتصرف لسيده وبهذا فارق المكاتب فإن المكاتب يتصرف لنفسه ولهذا كان له أن يبتاع من سيده.

43- **مسألة:** (وهل له أن يوكل فيما يتولى مثله بنفسه على روايتين)

فظاهر الآية أن ابتلاءهم قبـل البلوغ لوجهين: **أحدهـما**: سماهم يتامى، وإنما يكونون يتامى قبـل البلوغ، **والثـانى**: أنه مد اختبارهم إلى البلوغ بلفظة «حـتى» فدل على أن الاختبار قبله، ولأن تأخير الاختبـار إلى البلوغ مؤد إلى الحجر على البالغ الرشيد، لأن الحـجر يمتد إلى أن يختبـر ويعلم رشده، واختبـاره قبل البلوغ يمنع ذلك فكان أولى، لكن لا يختـبر إلا المراهق المميـز الذى يعرف البيع والشـراء والمصلحة من المفـسدة، ومتى أذن له وليه فـتصرف صح

إحـداهـمـا: لا يجوز، لأنه تصرف بـالإذن فاختص بما أذن فيـه ولم يؤذن له فى التوكل **والثانـية**: يجوز، لأنهم يملكون التصرف بأنفسهم فملكوه بنائبهم كالملك الرشيد، ولأنه أقامه مقام نفسه.

44- مـسألة: (وإن رآه سيده أو وليه يتجر فلم ينهه لم يصر مأذونًا).

وبه قال الشافعي وقـال أبو حنيفة: فى العبد يصير مـأذونًا له، لأنه سكت عن حقه فكان مسقطًا له كالشفيع إذا سكت عن طلب الشفعة.

ولنا أنه تصرف يفـتقر إلى الإذن فلم يقـم السكوت مقام الإذن كـما لو باع الراهن الرهن والمرتهن ساكت، أو باعه المرتهن والراهن ساكت وكتصرفات الأجانب ويخالف الشفعة فإنها تسقط بمضى الزمان إذا علم، لأنها على الفور.

45- مـسـألة: **(وما استدان العبـد فهو فى رقبته يفديه سيده أو يسلمـه وعنه يتعلق بذمته يتبع به بعد العتق إلا المأذون له هل يتعلق برقبته أو ذمة سيده؟ على روايتين).**

يقال: ادان واستدان وتداين بمعنًى واحد والعبد قسمان: **محجور عليه** فما لزمه من الدين بغير رضا سيده مثل أن يقترض ويشتـرى شيئًا فى ذمته ففيه روايتان: **إحداهـما**: يتعلق برقـبته اختارها الخرقى وأبو بكر، لأنه دين لـزمه بغير إذن سيده فتعلق برقـبته كالإتلاف، **والثـانـيـة**: يتعلق بذمته يتبـعه الغريم به إذا عتق وأيسر وهو مذهب الشافعى، لأنه متصـرف فى ذمته بغير إذن سيده فتعلق بذمته كعوض الخلع من الأمة وكالحر، **القسم الثانى**: المأذون له فى التصرف أو فى الاستدانة فما يلزمه من الدين هل يتعلق برقبته أو ذمة سيده، على روايتين: **إحداهـما**: يتعلق برقبته وهو ظاهر قول أبى حنيفة، لأنه قـال: يباع إذا طالب الغرماء ببيعه وهذا معناه أنه يتعلق برقبته، لأنه دين ثبت برضا من له العين فـيباع فيه كما لو رهنه، **والثانية**: يتعلـق بذمة السـيد وهو الذى ذكـره الخرقى فـعلى هذه الرواية يلزم مولاه جـميع مـا ادان، وقال مـالك والشافعى: إن كـان فى يده مال قضيت ديونه منه، وإن لم يكن فى يده شىء تعلق بذمـته يتبع به إذا عتق وأيسر، لأنه دين ثبت برضا من له الدين أشبـه غير المأذون أو فوجب أن لا يتعلق برقبته كما لو اقترض بغير إذن سـيده، ووجه قول الخرقى أنه إذا أذن له فى التجارة فقد أغرى الناس بمعاملتـه وأذن فيها فصـار ضامنًا كما لو قال لهم: داينـوه أو أذن فى استدانة تزيد على قيمته، ولا فرق بين الدين الذى لزمه فى التجارة المـأذون فيها أو فيما لم يؤذن له فيه مثل أن

تصرفه على ما ذكرناه فيما مضى، وقد أومأ أحمد فى موضع الى أن اختباره بعد البلوغ لأن تصرفه قبل ذلك تصرف من لم يوجد فيه مظنة العقل، وقد اختلف أصحاب الشافعى فى وقت الاختبار على نحو ما ذكرنا فيما مضى من الروايتين.

٨١٣- **مسألة:** قال: (**فإن عاود السفه حجر عليه**).

وجملته: أن المحجور عليه إذا فك عنه الحجر لرشده وبلوغه ودفع إليه ماله ثم عاد إلى

أذن له فى التجارة فى البر فاتجر فى غيره فإنه لا ينفك عن التغرير إذ يظن الناس أنه مأذون له فى ذلك أيضًا.

فصل: فأما أروش جناياته وقيم متلفاته فهى متعلقة برقبة العبد، سواء كان مأذونًا له أو لا، رواية واحدة وبه يقول أبو حنيفة والشافعى، وكل ما تعلق برقبة العبد خير السيد بين تسليمه للمبيع وبين فدائه، فإذا بيع وكان ثمنه أقل مما عليه فليس لرب الدين إلا ذلك، لأن العبد هو الجانى فلم يجب على غيره شىء، وإن كان ثمنه أكثر فالفضل للسيد، وذكر القاضى أن ظاهر كلام أحمد أن السيد لا يرجع بالفضل، ولعله يذهب إلى أنه دفعه إلى عوضًا عنه الجناية فلم يبق لسيده فيه شىء كما لو ملكه إياه عوضًا عن الجناية وليس هذا صحيحًا فإن المجنى عليه لا يستحق أكثر من قدر أرش الجناية عليه فهو كما لو جنى عليه حر والجانى لا يجب عليه أكثر من أرش جنايته، ولأنه الحق تعلق بعينه فكان الفضل من ثمنه لسيده كالرهن، ولا يصح قولهم: أنه دفعه عوضًا، لأنه لو كان عوضًا لملكه المجنى عليه ولم يبع فى الجناية، وإنما دفعه ليباع فيؤخذ منه عوض الجناية ويرد إليه الباقى، وكذلك لو أتلف درهمًا لم يبطل حق سيده منه بذلك، وإن عجز عن أداء الدراهم من غير ثمنه فإن اختار السيد فداءه لزمه أقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته، لأن أرش الجناية إن كان أكثر فلا يتعلق بغير العبد الجانى لعدم الجناية من غيره وإنما تجب قيمته، وإن كان أقل فلم يجب بالجناية إلا هو، وعن أحمد رواية أخرى أنه يلزمه أرش الجناية كله، لأنه يجوز أن يرغب فيه راغب فيشتريه بأرش الجناية فإذا منع منه لزمه جميع الأرش لتفويته ذلك، وللشافعى قولان كالروايتين.

فصل: فإن تصرف العبد غير المأذون ببيع أو شراء بعين المال لم يصح، لأنه تصرف من المحجور عليه فيما حجر عليه فيه أشبه المفلس وقياسًا على تصرف الأجنبى، ويتخرج أن يصح ويقف على إجازه السيد كتصرف الفضولى، فأما شراؤه بثمن فى ذمته واقتراضه فيحتمل أن لا يصح، لأنه محجور عليه أشبه السفيه، ويحتمل أن يصح، لأن الحجر لحق غيره أشبه المفلس والمريض، ويتفرع عن هذين الوجهين أن التصرف إن كان فاسدًا فللبائع والمقرض أخذ ماله إن كان باقيًا سواء كان فى يد العبد أو السيد، وإن كان تالفًا فله قيمته أو مثله إن كان مثليًا، فإن تلف فى يد السيد رجع عليه بذلك، لأن عين ماله تلف فى يده، وإن شاء كان ذلك متعلقًا برقبة العبد، لأنه الذى أخذه منه، وإن تلف فى يد العبد فالرجوع عليه وهل يتعلق

السفه أعيـد عليه الحجر، وبهذا قال القـاسم بن محمد ومالك والشافـعى والأوزاعى وإسحاق وأبو ثور(*) وأبو عبيد وأبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: لا يبتدأ الحجر على بالغ عاقل وتصـرفه نافـذ، وروى ذلك عن ابن سـيريـن والنخعى، لأنه حـر مكلف فـلا يحـجر عليـه كالرشيد.

برقبتـه أو ذمته؟ على روايتين، وإن قلنا: التصرف صـحيح والمبيع فى يد العبـد فللبائع فسخ البيع وللمقرض الرجوع فيما أقرض، لأنه قد تحقق إعسار المشترى والمقترض فهو أسوأ حالاً من الحر المعسر، وإن كان السيد قد انتـزعه من يد العبد ملكه بذلك، لأنه أخذ من عبده مالاً فى يده بحق فـهو كـالصيـد، فإذا ملكه السـيد كـان كهـلاكه فى يد العـبد ولا يملك البـائع والمقرض انتزاعه من السيد بحال فإن كان قد تلـف استقر ثمنه فى رقبة العبد أو فى ذمته سواء تلف فى يد العبد أو السيد.

46- مـسألة: (وإن باع السيد عبده المأذون شيئًا لم يصح فى أحد الوجهين).

لأنه مملوكه فلا يثـبت له دين فى ذمته كغير المـأذون له أو كمن لا دين عليه ويصح فى الآخر إذا كـان عليه دين بقدر قيـمته لأنَّا إذا قلنا إن الدين يتـعلق برقبته فكأنه صـار مستحـقًا لأصحاب الديون فيصير كعبد غيره.

47- مـسألة: (ويصح إقرار المأذون له فى قدر ما أذن له فيه دون ما زاد عليه).

لأنه لم يؤذن له فيه فهـو كغير المأذون له، ولأن الذى أذن له فيه يصح تصرفـه فيه فصح إقراره به كالحر.

48- مـسألة: (وإن حجر عليه وفى يده مال ثم أذن له فيه فأقر به صح).

لأن المانع من صحة إقراره الحجر عليه، وقد زال، ولأنه يصح تصرفه فيه فصح إقراره به كما لو لم يحجر عليه وقياسًا على غيره من الأحرار.

49- مـسألة: (ولا يبطل الإذن بالإباق).

وبه قال الشافـعى، وقال أبو حنيفة: يبطل، لأنه يزيل ولاية السيـد عنه فى التجارة بدليل أنه لا يجوز بيعه ولا هبته ولا رهنه فأشبه ما لو باعه.

ولنا: أن الإباق لا يمنع ابتداء الإذن له فى الـتجارة فلم يمنع استـدامته، كمـا لو غصب غاصب أو حـبس بدين عليه، ولا يصح مـا ذكروه فإن سبب الـولاية باق وهو الرق، ويجوز بيعه وإجارته ممن يقدر عليه ويبطل بالمغصوب.

50- مـسألة: (ولا يصح تبرع المأذون له بهبة الدراهم وكسوة الثياب).

لأن ذلك ليس من التجارة ولا يحتاج إليه فيها فأشبه غير المأذون له.

(*) وأبو ثور هكذا فى هـ.

ولنا: إجماع الصحابة، وروى عروة بن الزبير أن عبد الله بن جعفر ابتاع بيعًا فقال على ﷺ: لآتين عثمان ليحجر عليك، فأتى عبد الله بن جعفر الزبير فقال: قد ابتعت بيعًا، وإن عليّا يريد أن يأتي أمير المؤمنين عثمان فيسأله الحجر عليّ، فقال الزبير: أنا شريكك فى البيع، فأتى عليٌّ عثمان فقال: إن ابن جعفر قد ابتاع بيع كذا فاحجر عليه، فقال الزبير: أنا

51- مسألة: (وتجوز هديته للمأكول وإعارة دابته).

واتخاذ الدعوة ما لم يكن إسرافًا، وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى: لا يجوز ذلك بغير إذن سيده، لأنه تبرع بمال مولاه فلم يجز كهبة الدراهم.

ولنا: أن النبى ﷺ كان يجيب دعوة المملوك فروى أبو سعيد مولى بنى أسيد أنه تزوج فحضر دعوته أناس من أصحاب رسول الله ﷺ منهم: عبد الله بن مسعود، وحذيفة، وأبو ذر، فأمهم وهو يومئذ عبد، رواه صالح فى مسائله بإسناده، ولأنه مما جرت به عادة التجار فيما بينهم، فيدخل فى عموم الإذن.

52- مسألة: (وهل لغير المأذون له الصدقة من قوته بالرغيف ونحوه إذا لم يضربه؟ على روايتين).

إحداهما: ليس له ذلك،و لأن المال لسيده، وإنما أذن له فى الأكل فلم يملك الصدقة به كالضيف، ولا يتصدق بما أذن له فى أكله، **والثانية:** يجوز، لأنه مما جرت العادة بالمسامحة فيه والإذن عرفًا فجاز كصدقة المرأة من بيت زوجها.

53- مسألة: (وهل للمرأة الصدقة من بيت زوجها بغير إذنه بنحو ذلك؟ على روايتين).

إحداهما: يجوز، لأن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «ما أنفقت المرأة من بيت زوجها غير مفسدة كان لها أجرها وله مثله لما كسب ولها بما أنفقت وللخازن مثل ذلك من غير أن ينقص من أجورهم شيء» ولم يذكر إذنًا، وعن أسماء أنها جاءت النبى ﷺ فقالت يا رسول الله: ليس لى شيء إلا ما أدخل عليّ الزبير فهل عليّ جناح أن أرضخ مما يدخل عليّ؟ قال: «ارضخى ما استطعت، ولا توعى فيوعى الله عليك» متفق عليهما، وروى أن امرأة أتت النبى ﷺ فقالت يا رسول الله: إنا كَلٌّ على أزواجنا وأبنائنا فما يحل لنا من أموالهم؟ قال: «الرطب تأكلينه وتهدينه» ولأن العادة السماح بذلك وطيب النفس به فجرى مجرى صريح الإذن كما أن تقديم الطعام بين يدى الأكلة قام مقام صريح الإذن فى أكله.

والثانية: لا يجوز، لما روى أبو أمامة الباهلى قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا تنفق المرأة شيئًا من بيتها إلا بإذن زوجها» قيل: يا رسول الله ولا الطعام قال: «ذاك أفضل أموالنا» رواه سعيد فى سننه، وقال النبى ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه» وقال: «إن الله حرم بينكم دماءكم وأموالكم كحرمة يومكم هذا فى شهركم هذا فى بلدكم

شريكه فى البيع، فقال عثمان: كيف أحجر على رجل شريكه الزبير؟ قال أحمد: لم أسمع هذا إلا من أبى يوسف القاضى، وهذه قصة يشتهر مثلها ولم يخالفها أحد فى عصرهم فتكون إجماعًا، ولأن هذا سفيه، فيحجر عليه كما لو بلغ سفيهًا فإن العلة التى اقتضت الحجر عليه إذا بلغ سفيهًا سفهه وهو موجود، ولأن السفه لو قارن البلوغ منع دفع ماله إليه، فإذا حدث أوجب انتزاع المال كالجنون، وفارق الرشيد، فإن رشده لو قارن البلوغ لم يمنع دفع ماله إليه.

فصل: ولا يحجر عليه إلا الحاكم، وبهذا قال الشافعى وقال محمد يصير محجورًا عليه بمجرد تبذيره لأن ذلك سبب الحجر فأشبه الجنون.

ولنا: أن التبذير يختلف ويختلف فيه ويحتاج الى الاجتهاد فإذا افتقر السبب إلى الاجتهاد لم يثبت إلا بحكم الحاكم، كابتداء مدة العنة(٢٢)، ولأنه حجر مختلف فيه فلم يثبت إلا بحكم الحاكم كالحجر على المفلس وفارق الجنون، فإنه لا يفتقر إلى الاجتهاد ولا خلاف فيه، ومتى حجر عليه ثم عاد فرشد فك الحجر عنه، ولا يزول إلا بحكم الحاكم، وبه قال الشافعى وقال أبو الخطاب: يزول السفه، لأنه سبب الحجر فيزول بزواله كما فى حق الصبى والمجنون.

ولنا: أنه حجر ثبت بحكم الحاكم فلا يزول إلا به كحجر المفلس ولأن الرشد يحتاج إلى تأمل واجتهاد فى معرفته وزوال تبذيره فكان كابتداء الحجر عليه، وفارق الصبى والمجنون فإن الحجر عليهما بغير حكم حاكم فيزول بغير حكمه، ولأننا لو وقفنا تصرف الناس على الحاكم كان أكثر الناس محجورًا عليه، قال أحمد: والشيخ الكبير ينكر عقله يحجر عليه يعنى: إذا كبر واختل عقله حجر عليه بمنزلة المجنون لأنه يعجز بذلك عن التصرف فى ماله على وجه المصلحة وحفظه فأشبه الصبى والسفيه.

هذا» ولأنه تبرع بمال غيره بغير أذنه فلم يجز كغيرالزوجة، والصحيح الأول، لأن الأحاديث فيه خاصة صحيحة، والخاص يقدم على العام ويثبته ويعرف أن المراد بالعام غير الصورة المخصوصة، والحديث الخاص للرواية الثانية ضعيف ولا يصح قياس المرأة على غيرها، لأنها بحكم العادة تتصرف فى مال زوجها وتتبسط فيه وتتصدق منه لحضورها وغيبته والإذن العرفى يقوم مقام الإذن الحقيقى فصار كأنه قال لها: وافعلى هذا، فأما إن منعها ذلك وقال: لا تتصدقى بشىء ولا تتبرعى من مالى بقليل ولا كثير لم يجز لها ذلك، لأن المنع الصريح نفى الإذن العرفى، وكذلك لو كانت امرأته ممنوعة من التصرف فى بيت زوجها كالذى يطعمه بالفرض ولا يمكنها من طعامه فهو كما لو منعها بالقول، فإن كان فى بيت الرجل من يقوم مقام امرأته كجاريته وأخته وغلامه المتصرف فى بيت سيده وطعامه فهو كالزوجة فيما ذكرنا لوجود المعنى فيه، والله أعلم.

---

(٢٢) العنة: عجز يصيب الرجل فلا يقدر على الجماع.

٨١٤- **مسألة:** قال: **(فمن عامله بعد ذلك فهو المتلف لماله)**.

وجملته: أن الحاكم إذا حجر على السفيه استحب أن يشهد عليه، ليظهر أمره فتجتنب معاملته، وإن رأى أن يأمر مناديًا ينادى بذلك ليعرفه الناس فعل، ولا يشترط الإشهاد عليه، لأنه قد ينتشر أمره بشهرته وحديث الناس به، فإذا حجر عليه فباع واشترى كان ذلك فاسدًا، واسترجع الحاكم ما باع من ماله ورد الثمن إن كان باقيًا، وإن أتلفه السفيه أو تلف فى يده فهو من ضمان المشترى ولا شيء على السفيه، وكذلك ما أخذ من أموال الناس برضا أصحابها كالذى يأخذه بقرض أو شراء أو غير ذلك، رده الحاكم إن كان باقيًا، وإن كان تالفًا فهو من ضمان صاحبه علم بالحجر عليه أو لم يعلم، لأنه إن علم فقد فرط بدفع ماله إلى من حجر عليه وإن لم يعلم فهو مفرط إذ كان فى مظنة الشهرة، هذا إذا كان صاحبه قد سلطه عليه، فأما إن حصل فى يده باختيار صاحبه من غير تسليط كالوديعة والعارية فاختار القاضى أنه يلزمه الضمان إن أتلفه أو تلف بتفريطه، لأنه أتلفه بغير اختيار صاحبه فأشبه ما لو كان القبض بغير اختياره، ويحتمل أنه لا يضمن، لأنه عرضها لإتلافه وسلطه عليها فأشبه المبيع، وأما ما أخذه بغير اختيار صاحبه أو أتلفه كالغصب والجناية فعلية ضمانه، لأنه لا تفريط من المالك، ولأن الصبى والمجنون لو فعلا ذلك لزمهما الضمان، فالسفيه أولى ومذهب الشافعى فى هذا كله كذلك.

فصل: والحكم فى الصبى والمجنون كالحكم فى السفيه، فى وجوب الضمان عليهما فيما أتلفاه من مال غيرهما بغير إذنه، أو غصباه فتلف فى أيديهما، وانتفاء الضمان عنهما فيما حصل فى أيديهما باختيار صاحبه وتسليطه كالثمن والمبيع والقرض والاستدانة، وأما الوديعة والعارية فلا ضمان عليهما فيما تلف بتفريطهما وإن أتلفاه ففى ضمان وجهان.

فصل: ولا ينظر فى مال الصبى والمجنون ما داما فى الحجر إلا الأب أو وصيه بعده أو الحاكم عند عدمهما، وأما السفيه فإن كان محجورًا عليه صغيرًا واستديم الحجر عليه لسفهه فالولى فيه من ذكرناه، وإن جدد الحجر عليه بعد بلوغه لم ينظر فى ماله إلا الحاكم لأن الحجر يفتقر إلى حكم حاكم وزواله يفتقر إلى ذلك فكذلك النظر فى ماله.

٨١٥- **مسألة: (وإن أقر المحجور عليه بما يوجب حدًا أو قصاصًا أو طلق زوجته لزمه ذلك)**.

وجملته أن المحجور عليه لفلس أو سفه إذا أقر بما يوجب حدًا أو قصاصًا كالزنا والسرقة والشرب والقذف والقتل العمد أو قطع اليد وما أشبهها فإن ذلك مقبول ويلزمه حكم ذلك فى الحال لا نعلم فى هذا خلافًا، قال ابن المنذر(٢٣): «أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن إقرار المحجور عليه على نفسه جائز إذا كان إقراره بزنا أو سرقة أو شرب خمر أو

---

(٢٣) ذكره ابن المنذر فى الإجماع (ص ١١٤/ ٥٤١).

قذف أو قتل وأن الحـدود تقام عليه» وهذا قول الشافعى وأبى ثور وأصـحاب الرأى ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم، وذلك لأنه غير متهم فى حق نفسه، والحجر إنما تعلق بماله فقبل إقراره على نفسه بما لا يتعلق بالمال، وإن طلق زوجته نفذ طلاقه فى قول أكثر أهل العلم، وقال ابن أبى ليلى: لا يقع طلاقه، لأن البضع يجرى مجرى المال بدليل أنه يملكه بمال وصح أن يزول ملكه عنه بمال فلم يملك التصرف فيه كالمال.

ولنا: أن الطلاق ليس بتصـرف فى المال ولا يجرى مـجراه فلا يمنع منه كالإقـرار بالحد والقصاص، ودليل أنه لا يجرى مجرى بالمال أنه يصح من العـبد بغير إذن سيده مع منعه من التصرف فى المال ولا يملك بالمـيراث، ولأنه مكلف طلق امرأته مختارًا فوقع طلاقـه كالعبد والمكاتب.

فـصل: إذا أقر بما يوجب القصاص فعفا المقر له على مال احتمل أن يجب المال، لأنه عفو عن قصاص ثابت فصح كما لو ثبت بالبينة، واحتمل أن لا يصح، لئلا يتخذ ذلك وسيلة إلى الإقرار بالمال بأن يتواطأ المحجور عليه والمقر له على الإقرار بالقصاص والعفو عنه على مال ولأنه وجـوب مال مسـتنده إقراره فلم يثـبت كالإقرار به ابتـداء، فعلى هذا القـول يسقط وجوب القصاص ولا يجب المال فى الحال.

فـصل: وإن خالع صح خـلعه، لأنه إذا صح الطلاق ولا يحصل منه شىء فالخلع الذى يحصل به المال أولى إلا أن العوض لا يدفع إليه، وإن دفع إليه لم يصح قبضه، وإن أتلفه لم يضمنه ولم تبرأ المـرأة بدفعه إليه وهو من ضمانها إن أتلفـه أو تلف فى يده لأنها سلطته على إتلافه.

فـــصل: وإن أعتق لم يصح عـتقه، وهذا قول القاسم بن محـمد والشافعى، وحكى أبو الخطاب عن أحمـد رواية أخرى أنه يصح لأنه عتق مـن مكلف مالك تام الملك فصح كـعتق الراهن والمفلس.

ولنا: أنه تصرف فى ماله فلم يصح كـسائر تصرفاته ولأنه تبرع فأشبه هبـته ووقفه، ولأنه محجور عليه لحفظ ماله عليه فلم يصح عـتقه كالصبى والمجنون وفارق المفلس والراهن فإن الحجر عليهما لحق غيرهما.

فـــصل: وإن تزوج صح النكاح بإذن وليـه وبغيـر إذنه، وبهذا قال أبو حنيـفة، وقال أبو الخطاب: لا يصح بغيـر إذن وليه وهو قول الشـافعى وأبى ثور لأنه تصـرف يجب به مال فلم يصح بغير إذن وليه كالشراء.

ولنا: أنه عقد غـير مالى فصح منه كـخلعه وطلاقه، وإن لزم منه المال لحـصوله بطريق الضمن فلا يمنع من العقد كما لو لزم ذلك من الطلاق.

فصل: ويصح تدبيره ووصيته، لأن ذلك محض مصلحته لأنه تقرب إلى الله تعالى بماله

بعد غناه عنه، ويصح استيلاده وتعتق الأمة المستولدة بموته لأنه إذا صح ذلك من المجنون فمن السفيه أولى، وله المطالبة بالقصاص لأنه موضوع للتشفى والانتقام، وهو من أهله وله العفو على مال، لأنه تحصيل للمال لا تضييع له، وإن عفا على غير مال نظرت، فإن قلنا: الواجب القصاص عينًا صح عفوه، لأنه لم يتضمن تضييع المال، وإن قلنا: أحد الشيئين، لم يصح عفوه عن المال ووجب المال كما لو سقط القصاص بعفو أحد الشريكين، وإن أحرم بالحج صح إحرامه، لأنه مكلف أحرم بالحج أشبه غيره، ولأن ذلك عبادة فصحت منه كسائر عباداته، ثم إن كان أحرم بفرض، دفع إليه النفقة من ماله ليسقط الفرض عن نفسه، وإن كان تطوعًا فكانت نفقته فى السفر كنفقته فى الحضر دفعت إليه، لأنه لا ضرر فى إحرامه، وإن كانت نفقة السفر أكثر، فقال: أنا أكتسب تمام نفقتى، دفعت إليه أيضًا، لأنه لا يضر بماله، وإن لم يكن له كسب فلوليه تحليله، لما فيه من تضييع ماله ويتحلل بالصيام كالمعسر لأنه ممنوع من الصرف فى ماله، ويحتمل أن لا يملك وليه تحليله، بناء على العبد إذا أحرم بغير إذن سيده، وإن حنث فى يمينه أو عاد فى ظهاره أو لزمته كفارة بالقتل أو الوطء فى نهار رمضان كَفَّر بالصيام لذلك، وإن أعتق أو أطعم عن ذلك لم يجزه؟ وبهذا قال الشافعى لأنه ممنوع من ماله أشبه المفلس، ويتخرج أن يجزئه العتق بناء على قولنا بصحته منه، وإن نذر عبادة بدنية لزمه فعلها، لأنه غير محجور عليه فى بدنه، وإن نذر صدقة المال لم يصح منه وكَفَّر بالصيام، وإن فك الحجر عنه قبل تكفيره فى هذه المواضع كلها لزمه العتق إن قدر عليه، ومقتضى قول أصحابنا أنه يلزمه الوفاء بنذره بناء على قولهم فيمن أقر قبل فك الحجر عنه، ثم فك عنه، فإنه يلزمه الوفاء بنذره بناء على قولهم فيمن أقر قبل فك الحجر عنه، ثم فك عنه، فإنه يلزمه أداؤه، وإن فك بعد تكفيره لم يلزمه شىء كما لو كَفَّر عن يمينه بالصيام ثم فك الحجر عنه.

فصل: وإن أقر بنسب ولد قُبِلَ منه، لأنه ليس بإقرار بمال ولا تصرف فيه فقبل كإقراره بالحد والطلاق، وإذا ثبت النسب لزمته أحكامه من النفقة وغيرها لأن ذلك حصل ضمنًا لما صح منه، فأشبه نفقة الزوجة.

٨١٦- **مسألة:** (وإن أقر بدَيْن لم يلزمه فى حال حجره).

وجملته: أن السفيه إذا أقر بمالٍ كالدين أو بما يوجبه كجناية الخطأ وشبه العمد وإتلاف المال وغصبه وسرقته لم يقبل إقراره به، لأنه محجور عليه لحظه فلم يصح إقراره بالمال كالصبى والمجنون، ولأنا لو قبلنا إقراره فى ماله لزال معنى الحجر، لأنه يتصرف فى ماله ثم يقر به، فيأخذه المقر له، ولأنه أقر بما هو ممنوع من التصرف فيه كإقرار الراهن على الرهن والمفلس على المال، ومقتضى قول الخرقى: أنه يلزمه ما أقر به بعد فك الحجر عنه، وهو الظاهر من قول أصحابنا وقول أبى ثور، لأنه مكلف أقر بما لا يلزمه فى الحال، فلزمه بعد

فك الحجر عنه، كـالعبد يقر بدين والراهن على الرهن والمفلس على المـال، ويحتمل أن لا يصح إقراره ولا يؤخذ به فى الحكم بحـال، وهذا مذهب الشافعى، لأنه محجـور عليه لعدم رشده، فلم يلزمه حكم إقـراره بعد فك الحجر عنه كالصـبى والمجنون، ولأن المنع من نفوذ إقراره فى الحال إنما ثبت لحفظ ماله عليه ودفع الـضرر عنه، فلو نفذ بعد فك الحجر لم يفد إلا تأخير الضـرر عليه إلى أكمل حالتيه، وفـارق المحجور عليه لحق غيـره، فإن المانع تعلق حق الغير بمـاله فيزول المانع بزوال الحق عن ماله فيـثبت مقتضى إقراره، وفى مـسألتنا انتفى الحكم لخلل فى الإقـرار، فلم يثبت كونه سـببًا، وبزوال الحـجر لم يكمل السبب فـلا يثبت الحكم مع اختلال السـبب، كما لم يثبت قـبل فك الحجر، ولأن الحجر لحق الـغير لم يمنع تصرفهم فى ذممهم، فأمكن تصحيح إقرارهم فى ذممهم على وجه لا يضر بغيرهم بأن يلزمهم بعد زوال حق غيره، والحـجر ههنا لحظ نفسه من أجل ضعف عقلـه وسوء تصرفه ولا يندفع الضرر إلا بإبطال إقراره بالكلية كـالصبى والمجنون، وأما صحته فيـما بينه وبين الله تعالى فإن علم صحة ما أقر به كدَيْنٍ لزمه من جناية أو دين لزمه قبل الحجر عليه فعليه أداؤه لأنه علم أن عليه حقّا فلزمه أداؤه كما لو لم يكن يقـر به، وإن علم فساد إقراره مثل أن علم أنه أقر بدين، ولا دين عليه، أو بجـناية لم توجد منه أو أقر بمـا لا يلزمه مثـل أن أتلف مال من دفعـه إليه بقرض أو بيع لم يلزمه أداؤه لأنه يعلم أنه لا دين عليه فلم يلزمه شىء كما لو لم يقر به.

فـصل: إذا أذن ولى السفيه له فى البيع والشراء فهل يصح منه؟ على وجهين:

أحدهـما: يصح لأنه عقد معاوضة فملكه بالإذن كالنكاح ولأنه عاقل محجور عليه فصح تصرفه بالإذن فيه كالصبى، يحقـق هذا أن الحجر على الصبى أعلى من الحجر عليه ثم يصح تصرفه بالإذن، فـههنا أولى، ولأنَّا لو منعنا تصرفه بالإذن لم يكن لنا طريق إلى مـعرفة رشده واختباره.

والثـــانى: لا يصح لأن الحجر عليه لتـبذيره وسوء تصرفه، فإذا أذن له فقـد أذن فيما لا مصلحـة فيه فلم يصح، كـما لو أذن فى بيع مـا يساوى عشـرة بخمسـة، وللشافعى وجـهان كهذين، والله أعلم.

كتاب الصلح

الصلح: معاقدة يتوصل بها الى الإصلاح بين المختلفين، ويتنوع أنواعًا: صلح بن المسلمين وأهل الحرب، وصلح بين أهل العدل وأهل البغى، وصلح بين الزوجين إذا خيف الشقاق بينهما، قال الله تعالى: ﴿ **وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا** ﴾ (الحجرات: ٩) وقال الله تعالى: ﴿ **وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ** ﴾ (النساء: ١٢٨) وروى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «الصلح بين المسلمين جائز إلا صلحًا حرم حلالاً أو أحلّ حرامًا» أخرجه الترمذى[١] وقال حديث حسن صحيح، وروى عن عمر: أنه كتب إلى أبى موسى بمثل ذلك، وأجمعت الأئمة[٢] على جواز الصلح فى هذه الأنواع التى ذكرناها، ولكل واحد منها باب يفرد له ويذكر فيه أحكامه، وهذا الباب للصلح بين المتخاصمين فى الأموال، وهو نوعان: صلح على إقرار وصلح على إنكار، ولم يسم الخرقى الصلح إلا فى الإنكار خاصة.

باب الصلح

الصلح معاقدة يتوصل بها إلى إصلاح بين المختلفين ويتنوع أنواعًا: صلح بين المسلمين وأهل الحرب، وصلح بين أهل العدل وأهل البغى، وصلح بين الزوجين إذا خيف الشقاق بينهما، قال الله تعالى: ﴿ **وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا** ﴾ وقال تعالى: ﴿ **وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ** ﴾ وروى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «الصلح بين المسلمين جائز إلا صلحًا حرم حلالاً أو أحل حرامًا» أخرجه الترمذى، وقال: حديث حسن صحيح، وروى عن عمر أنه كتب إلى أبى موسى بمثل ذلك، وأجمع العلماء على جواز الصلح فى هذه الأنواع التى ذكرنا ولكل واحد منها باب يفرد له وتذكر فيه أحكامه، وهذا الباب للصلح بين المختلفين فى الأموال.

١- مسألة: (والصلح فى الأموال قسمان: أحدهما صلح على الإقرار وهو نوعان: أحدهما: صلح على جنس الحق مثل أن يقر له بدين فيضع عنه بعضه، أو بعين فيهب له بعضها، ويأخذ الباقى فيصح إن لم يكن بشرط مثل أن يقول: على أن تعطينى الباقى، أو يمنعه حقه بدونه).

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ح ٣٥٩٤) والترمذى (٣/ ح ١٣٥٢) وقال أبو عيسى: هذا حديث حسن صحيح، وابن ماجه (٢/ ح ٢٣٥٣) وأحمد فى مسنده (٢/ ٣٦٦) وإسناده صحيح.

(٢) فى ـ هـ «الأمة».

٨١٧- **مسألة:** قال: (**والصلح الذى يجوز هو أن يكون للمدعى حق لا يعلمه المدعى عليه فيصطلحان على بعضه، فإن كان يعلم ما عليه فجحده فالصلح باطل**) .

وجملة ذلك: أن الصلح على الإنكار صحيح، وبه قال مالك وأبو حنيفة، وقال الشافعى: لا يصح لأنه عاوض على ما لم يثبت له، فلم تصح المعاوضة: كما لو بـاع مال غيره ولأنه عقد معاوضةٍ خلا عن العوض فى أحد جانبيه فبطل كالصلح على حد القذف.

وجـــملة ذلك أن من اعترف بدين أو عين فى يده فـأبرأه الغريم من بعض الدين أو وهبه بعض العين وطلب منه الباقى صح إذا كانت البراءة مطلقة من غير شرط، قال أحمد: إذا كان للرجل على الرجل الدين ليس عنده وفاء فـوضع عنه بعض حقه، وأخذ منـه الباقى كان ذلك جائزًا لهما، ولو فعل ذلك قـاض شافعى لم يكن عليه فى ذلك إثم، لأن النبى ﷺ قد كلم غرمـاء جابر ليضـعوا عنه[أ] ، وفى الذى أصيب فى حـديقته فـمر به النبى ﷺ وهو ملزوم فأشار إلى غرمـائه بالنصف فأخذوه منه[2] ، فإن فعل ذلك قاض اليـوم جاز إذا كان على وجه الصلح والنظر لهما، وقد روى عبد الله بن كعب عن أبيه أنه تقاضى ابن أبى حدرد دينًا كان له عليه فى المسـجد فارتفـعت أصواتهما حتى سمعهما رسـول الله ﷺ فخرج إليهما ثم نادى «يا كعب» قال: لبيك يا رسـول الله، فـأشـار إليـه أن ضـع الشـطر من دينك، قال: قد فعلت يا رسول الله، قـال رسول الله ﷺ : «قم فأعطه» متـفق عليه[3] ، فأما إن منعه المـقر حقه حتى يضع عـنه بعضه فـالصلح باطل، لأنه صَالَحَ عن بعـض ماله ببعـضه وسـواء كان بلفظ الصلح أو بلفظ الإبراء أو الهبة المقرون بشرط، مثل أن يقول: أبرأتك من خمسمائة أو وهبتك بشرط أن تعطينـى ما بقى، قال ابن أبى مـوسى: الصلح على الإقرار هضم للحق فـمتى ألزم المقر له ترك بعض حقه فتركه من غير طيب نفسه لم يطب لأحد، وإن تطوع المقر له بإسقاط بعض حقه جاز، غير أن ذلك ليس بصلح ولا من باب الصلح بسبيل، فلم يجعله صلحًا، ولم يسم الخرقى الصلح إلاَّ فى حال الإنكار، فـأما مع الاعتراف، فإن قضاه من جنس حـقه فهو

(أ) أخرجه البخارى (٥/ ح ٢٣٩٥/ فتح) وليس فيه قول النبى ﷺ للغرماء أن يضعوا الشطر، وأيضًا فى كتاب الهبـة (٥/ ح ٢٦٠١/ فتح) بلفظ: قتل أبى وعليه دين فسأل النبى ﷺ غـرماءه أن يقبلوا ثمر حائطى ويحللوا أبى، وأبو داود (٣/ ح ٢٨٨٤) بلفظ البخارى، وابن ماجه (٢/ ح ٢٤٣٤) وأحمد فى مسنده (٣/٣١٣) وأمـا كلام النبى ﷺ بوضع الشطر من الدين فكان لكعب بن مالك وسـيأتى برقم (٧) مغنى.

(2) ذكره ابن حجر فى المطالب العاليـة (١/ ح ١٣٩٥/ ص ٤١٩) وعزاه إلى أبى بكر بن أبى شيبة وقال: هو فى الصحيح دون قوله: «أوقيـتين» وقال البوصيرى: فى سنده زمعة بن صالح ضـعفه أحمد. اهـ. وقال ابن حجر فى التقريب: ضعيف.

(3) أخـرجه البـخارى (١/ ح ٤٧١/ فـتح) ومسلم (٣/ مـساقـاة/ ١١٩٢/ ح ١٥٥٨) وأبو داود (٣/ ح ٣٥٩٥) وابن ماجه (٢/ ح٢٤٢٩) وأحمد فى مسنده (٦/ ٣٩٠) والدارمى فى مسنده (٢/ ح٢٥٨٧).

ولنا: عموم قوله ﷺ: «الصلح بين المسلمين جائز» فيدخل هذا فى عمومه، **فإن قالوا:** فقد قال: «إلا صلحًا أحل حرامًا» وهذا داخل فيه، لأنه لم يكن له أن يأخذ من مال المدعى عليه، فحل بالصلح، **قلنا:** لا نسلم دخوله فيه، ولا يصح حمل الحديث على ما ذكروه لوجهين: **أحدهما:** أن هذا يوجد فى الصلح بمعنى البيع، فإنه يحل لكل واحد منهما ما كان محرمًا عليه قبله، وكذلك الصلح بمعنى الهبة، فإنه يحل للموهوب له ما كان حرامًا

وفاء، وإن قضاه من غير جنسه فهو معاوضة، وإن أبرأه من بعضه فهو إبراء، وإن وهبه بعض العين فهو هبة، فلا يسمى صلحًا، وسماه القاضى وأصحابه صلحًا، وهو قول الشافعى، والخلاف فى التسمية، أما المعنى فمتفق عليه، وهو ينقسم إلى إبراء وهبة ومعاوضة، وقد ذكرنا الإبراء، **فأما الهبة:** فهو أن يكون له فى يده عين فيقول قد وهبتك نصفها وأعطنى بقيتها فيصح ويعتبر له شروط الهبة، وإن أخرجه مخرج الشرط لم يصح، وهذا مذهب الشافعى، لأنه إذا شرط فى الهبة الوفاء جهل الهبة عوضًا عن الوفاء فكأنه عاوض بعض حقه ببعض، فإن أبرأه من بعض الدين أو وهب له بعض العين بلفظ الصلح مثل أن يقول: صالحنى بنصف دينك على أو بنصف دارك هذه، فيقول: صالحتك بذلك لم يصح، ذكره القاضى وابن عقيل، وهو قول بعض أصحاب الشافعى، وقال أكثرهم: يجوز الصلح، لأنه إذا لم يجز بلفظه خرج عن أن يكون صلحًا ولا يبقى له تعلق به، أما إذا كان بلفظه سمى صلحًا، لوجود اللفظ، وإن تخلف المعنى كالهبة بشرط الثوب، وإنما يقتضى لفظ الصلح المعاوضة إذا كان ثم عوض، أما مع عدمه فلا، وإنما معنى الصلح الاتفاق والرضي وقد يحصل هذا من غير عوض كالتمليك إذا كان بعوض سمى بيعًا، وإن خلا عن العوض سمى هبة.

ولنا: أن لفظ الصلح يقتضى المعاوضة، لأنه إذا قال: صالحنى بهبة كذا، أو على هبة كذا، أو على نصف هذه العين، ونحو هذا فقد أضاف إليه بالمقابلة فصار كقوله بعنى بألف، وإن أضاف إليه «على» جرى مجرى الشرط كقوله: ﴿عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِى ثَمَـٰنِىَ حِجَجٍ﴾ (القصص: ٢٧) وقوله: ﴿فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰٓ أَن تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا﴾ (الكهف: ٩٤) وكلاهما لا يجوز، بدليل ما لو صرح بلفظ الشرط أو بلفظ المعاوضة، وقولهم: إنه يسمى صلحًا ممنوع، وإن سمى صلحًا فمجاز، لتضمنه قطع التنازع وإزالة الخصومة، وقولهم: إن الصلح لا يقتضى المعاوضة ممنوع، وإن سلمنا لكن المعاوضة حصلت من اقتران حرف الباء أو على أو نحوهما به، فإن لفظ الصلح يحتاج إلى حرف يتعدى به، وذلك يقتضى المعاوضة على ما بينا.

2- **مسألة: (ولا يصح ذلك ممن لا يملك التبرع كالمكاتب والمأذون له وولى اليتيم إلا فى حال الإنكار وعدم البينة)** لأنه تبرع وليس لهم التبرع، فأما إذا لم يكن بالدين أو كان على الإنكار صح، لأن استيفاءهم البعض عند العجز عن استيفاء الكل أولى من تركه.

عليه، والإسقاط يحل له ترك أداء ما كان واجبًا عليه، الثاني: أنه لو حل به المحرم لكان الصلح صحيحًا، فإن الصلح الفاسد لا يحل الحرام، وإنما معناه: ما يتوصل به الى تناول المحرم مع بقائه على تحريمه، كما لو صالحه على استرقاق حُرٍّ، أو إحلال بضع محرم، أو صالحه بخمر أو خنزير، وليس ما نحن فيه كذلك، وعلى أنهم لا يقولون بهذا، فإنهم يبيحون لمن له حق يجحده غريمه أن يأخذ من ماله بقدره أو دونه، فإذا حل له ذلك من غير اختياره ولا علمه فلأن يحل برضاه وبذله أولى، وكذلك إذا حل مع اعتراف الغريم فلأن يحل مع

3- **مسألة: (وإن صالح عن المؤجل ببعضه حالاً لم يصح)** .

كره ذلك زيد بن ثابت وابن عمر، وقال: نهى عمر أن تباع العين بالدين، وكره ذلك سعيد بن المسيب والقاسم وسالم والحسن ومالك والشافعي والثورى وابن عيينة وأبو حنيفة وإسحاق، وروى عن ابن عباس، وابن سيرين والنخعى أنه لا بأس به، وعن الحسن وابن سيرين، أنهما كانا لا يريان بأسًا بالعروض أن يأخذها من حقه قبل محله، لأنهما تبايعا العروض بما فى الذمة فصح كما لو اشتراها بثمن مثلها، ولعل ابن سيرين يحتج بأن التعجيل جائز والإسقاط وحده جائز فجاز الجمع بينهما كما لو فعلا ذلك من غير مواطأة عليه.

ولنا أنه يبذل القدر الذى يحطه عوضًا عن تعجيل ما فى ذمته، وبيع الحلول والتأجيل لا يجوز كما لا يجوز أن يعطيه عشرة حالة بعشرين مؤجلة، ولأنه يبيعه عشرة بعشرين فلم يجز كما لو كانت معينة، وفارق ما إذا كان من غير مواطأة ولا عقد لأن كل واحد منهما متبرع يبذل حقه من غير عوض ولا يلزم من جواز ذلك جوازه فى العقد أو مع الشرط كبيع درهم بدرهمين، ويفارق ما إذا اشترى العروض بثمن مثلها، لأنه لم يأخذ عن الحلول عوضًا.

4- **مسألة: (وإن وضع بعض الحال وأجل باقيه صح الإسقاط ولم يلزم التأجيل)** .

إذا صالحه عن ألف حال بنصفها مؤجلاً، اختيارًا منه وتبرعًا صح الإسقاط ولم يلزم التأجيل، لأن الحال لا يتأجل بالتأجيل على ما ذكرنا والإسقاط صحيح، وإن فعله لمنعه من حقه بدونه، أو شرط ذلك فى الوفاء لم يسقط على ما ذكرنا فى أول الباب، ذكر أبو الخطاب فى هذا روايتين: أصحهما: لا يصح، وما ذكرنا من التفصيل أولى.

5- **مسألة: (وإن صالح عن الحق بأكثر منه من جنسه، مثل أن يصالح عن دية الخطأ أو قيمة متلف بأكثر منها من جنسها لم يصح)** .

وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: يجوز، لأنه يأخذ عوضًا عن المتلف فجاز أن يأخذ أكثر من قيمته كما لو باعه بذلك.

ولنا: أن الدية والقيمة تثبت فى الذمة مقدرة فلم يجز أن يصالح عنها بأكثر منها من جنسها كالثابتة عن قرض أو ثمن مبيع، ولأنه إذا أخذ أكثر منها فقد أخذ حقه وزيادة لا مقابل لها، فيكون أكل مال بالباطل.

جحده وعجـزه عن الوصول إلى حقه إلا بذلك أولى، ولأن المدعى هـهنا يأخـذ عوض حقه الثابت له والمدعى عليـه يدفعه لدفع الشر عنه وقطع الخصومة، ولـم يرد الشرع بتحريم ذلك فى موضع، ولأنه صلح يصح مع الأجنبى فصح مع الخصم كالصلح مع الإقرار، يحققه: أنه إذا صح مع الأجنبى مع غناه عنه فلأن يصح مـع الخصم مع حاجته إليـه أولى، وقولهم: أنه معـاوضة، قلنا: فى حـقهمـا أم فى حق أحدهمـا؟ الأول ممنوع، والثانـى مسلم، وهذا لأن المدعى يأخذ عوض حقه من المنكر لعلمه بثبوت حقه عنده، فهو معاوضة فى حقه، والمنكر

6- مسألة: (وإن صالحه بعرض قيمته أكثر منها جاز) لأنه بيع.

فصل: ولو صالح عن المائة الثابتة بالإتلاف بمائة مؤجلة، لم تصر مؤجلة، وهذا قول الشافعى، وعن أحمد أنها تصير مـؤجلة، وهو قول أبى حنيفة، لأنه عاوض عن المتلف بمائة مؤجلة فجاز كما لو باعه إياه.

ولنا: أنه إنما استحق عليه قيمة المتلف وهو مائة حالة، والحالُّ لا يتأجل بالتأجيل، وإن جعلناه بيعًا فهو بيع دين بدين وهو غير جائز.

7- مسألة: (وإن صالحه عن بيت على أن يسكنه سنة أو يبنى له فوقه غرفة لم يصح).

إذا ادعى على رجل بيتًا فصالحه على بعضه أو على أن يبنى له ثم على أن يسكنه سنة لم يصح، لأنه يصالحه عن ملكه على ملكه أو منفعته، وإن أسكنه كان تبرعًا منه متى شاء أخرجه منها، وإن أعطاه بعض داره بناء على هذا فـمتى شاء انتزعه منه، أنه أعطاه إياه عوضًـا عما لا يصلح عوضًا عنه، وإن فعل ذلك عـلى سبيل المصالحة معتـقدًا أن ذلك وجب عليه بالصلح رجع عليه بأجر ما سكن وأجـر ما كان فى يده من الدار، لأنه أخذه بعقد فاسد فـأشبه المبيع الموجود بعقد فاسد سكنى الدار بإجارة فاسدة، وإن بـنى فوق البيت غرفة أجبر على نقضها، وإذا أجر السطح مدة مقامه فى يده وله أخذ آلته، وإن اتفقا على أن يصالحه صاحب البيت عن بنائه بعوض جاز، وإن بنـى الغرفة بتراب من أرض صاحب البـيت وآلاته فليس له أخذ بنائه، أنه ملك صاحب البـيت، وإن أراد نقض البناء لم يكن له ذلك إذا أبرأه المالك من ضمـان ما يتلف به، ويتخرج أن يملك نقضه كقولنا فى الغاصب.

8- مـسـألة: (ولو قال: أقـر لى بدينى وأعطيك منه مـائة ففعل صح الإقـرار ولم يصح الصلح).

لأنه يجب عليـه الإقرار بما عليـه من الحق فلم يحل له أخذ العـوض عما يـجب عليه، فعلى هذا يرد ما أخذ، لأنه تبين كذبه بإقراره وأن عليه الدين فلزمه أداؤه بغير عوض.

9- مسألة: (وإن صالح إنسانًا ليقر له بالعبودية أو امرأة لتقر له بالزوجية لم يصح).

لا يجوز الصلح على مـا لا يجوز أخذ العـوض عنه، مثل أن يدعى على رجل أنه عـبده فينكره فيصالحـه على مال ليقر له بالعبودية فلا يجوز ذلك، لأنه يحل حـرامًا فإن إرقاق الحر

يعتقـد أنه يدفع المال لدفع الخصومة واليـمين عنه، ويخلصه من شر المـدعى، فهو أبرأ فى حقه، وغير ممـتنع ثبوت المعاوضة فى حق أحد المتعاقدين دون الآخر، كـما لو اشترى عبدًا شـهد بحـريتـه فإنه يصح، ويكـون معـاوضة فى حـق البائع واسـتنقـاذًا له من الرق فى حق المشترى، كـذا هـهنا، إذا ثبت هذا فلا يصح هذا الصلح إلا أن يكون المدعى معـتقدًا أن ما

نفسه لا يحـل بعوض ولا غيره، وكذلك إن صـالح امرأة لتقر له بالزوجـية، لأنه صلح يحل حرامًا، ولأنها لو أرادت بذل نفـسها بعوض لم يجز، فإن دفعت إليـه عوضًا عن هذه الدعوى ليكف نفسه عنها ففيه وجهان:

أحـدهمـا: لا يجوز، لأن الصلح فى الإنكار إنما يكون فى حق المنكر لافـتداء اليمين، وهذه لا يمين عليـها، وفى حق المدعى يأخذ العوض فى مـقابلة حقه الذى يدعـيه، وخروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له، وإنما أجيز الخلع للحاجة إلى افتداء نفسها **والثانى:** يصح ذكره أبو الخطاب وابن عـقيل، لأن المدعى يأخذ عوضًـا عن حقه من النكاح فجـاز كعوض الخلع، والمرأة تبذله لقطع خصومته وإزالة شره، وربـما توجهت اليمين عليها، لكون الحاكم يرى ذلك، ولأنها مشروعـة فى حقها فى إحدى الروايتين، ومتى صـالحته عن ذلك ثم يثبت الزوجية بإقرارها أو ببينة، فإن قلنا: الصلح باطل فالنكاح باق بحاله، لأنه لم يوجد من الزوج طلاق ولا خلع، وإن قلنا هو صحيح احتمل ذلك أيضًا لمـا ذكرنا، واحتمل أن تبين منه بأحد العوضين، لأنه أخذ العوض عـما يستحقه من نكاحها فكانت خلعًا كـما لو أقرت له بالزوجية فخالعها، ولو ادعت أن زوجها طلقها ثلاثًا فصالحها على مال لتتنزل عن دعواها لم يجز، لأنه لا يجوز لها بذل نفسهـا لمطلقها بعوض ولا بغيره، وإن دفعت إليه مالاً ليـقر بطلاقها لم يجز فى أحد الوجهين، وفى الآخر يجوز كما لو بذلت له عوضًا ليطلقها ثلاثًا.

10- مـسألة: (وإن دفع المدعى عليه العبودية إلى المدعى مالاً صلحًا عن دعواه صح).

لأنه يجوز أن يعـتق عبده بمـال، وليشرع للدافع لدفع اليـمين الواجبـة عليه والخصـومة المتوجهة إليه.

النوع الثـانى: أن يصالحه عن الحق بغير جنسه، فهـو معاوضة، وذلك مثل أن يعترف له بعين فى يده أو دين فى ذمـته ثم يعوضه عن ذلك بمـا يجوز تعويضه به، وهو ثـلاثة أقسام:
أحـــدها: أن يقر له بنقد فيصـالحه على نقد آخر، مثل أن يقر له بمائة درهم فـيصالحه عنها بعشـرة دنانير أو بالعكس، فهـذا صرف يشترط له شـروط الصرف من التقـابض فى المجلس ونحوه.

القسم الـثانى: أن يعترف له بعروض فيصالحـه على أثمان أو بالعكس فهذا بيع تثبت فيه أحكام البيع.

الثـالث: أن يصالحه على سكنى دار أو خدمة عبـده، أو على أن يعمل له عملاً معلومًا،

ادعاه حق، والمدعى عليه يعتقد أنه لا حق عليه، فيدفع إلى المدعى شيئًا افتداء ليمينه، وقطعًا للخصومة وصيانة لنفسه عن التبذل وحضور مجلس الحاكم: فإن ذوى النفوس الشريفة والمروءة يصعب عليهم ذلك، ويرون دفع ضررها عنهم من أعظم مصالحهم، والشرع لا يمنعهم من وقاية أنفسهم وصيانتها ودفع الشر عنهم ببذل أموالهم، والمدعى يأخذ ذلك عوضًا عن حقه الثابت له، فلا يمنعه الشرع من لك أيضًا، سواء كان المأخوذ من جنس حقه أو من غير جنسه بقدر حقه أو دونه فإن أخذ من جنس حقه بقدره فهو مستوف له، وإن أخذ دونه

فتكون إجارة لها حكم سائر الإجارات، فإن تلفت الدار أو العبد قبل استيفاء شيء من المنفعة انفسخت الإجارة ورجع بما صالح عنه، وإن تلفت بعد استيفاء بعض المنفعة انفسخت فيما بقى من المدة ورجع بقسط ما بقى، ولو صالحه على أن يزوجه أمته وكان ممن يجوز له نكاح الإماء صح، وكان المصالح عنه صداقها، فإن انفسخ النكاح قبل الدخول بأمر يسقط الصداق رجع الزوج بما صالح عنه، وإن طلقها قبل الدخول رجع بنصفه.

11- **مسألة: (وإن صالحت المرأة بتزويج نفسها صح، فإن كان الصلح عن عيب فى مبيعها فتبين أنه ليس بعيب رجعت بأرشه لا بمهر مثلها)**.

إذا اعترفت امرأة لرجل بدين أو عين فصالحته على أن تزوجه نفسها صح، ويكون صداقًا لها، فإن كان المعترف به عيبًا فى مبيعها فبان أنه ليس بعيب كبياض فى عين العبد ظنته عمى رجعت بأرشه، لأن ذلك صداقها، فرجعت به لا بمهر مثلها، فإن لم يزل العيب ولكن انفسخ نكاحها بما يسقط صداقها رجع عليها بأرشه.

12- **مسألة: (وإن صالح عما فى الذمة بشىء فى الذمة لم يجز التفرق قبل القبض، لأنه بيع دين بدين)** وقد نهى الشارع عنه.

فصل: وإن صالحه بخدمة عبده سنة صح، وكانت إجارة على ما ذكرنا، فإن باع العبد فى السنة صح البيع، ويكون المشترى مسلوب المنفعة بقية السنة، وللمصالح استيفاء منفعته إلى انقضاء السنة كما لو زوج أمته ثم باعها، وإن يعلم المشترى بذلك فله الفسخ، لأنه عيب وإن أعتق العبد فى أثناء المدة صح عتقه، لأنه مملوك يصح بيعه فصح عتقه كغيره، وللمصالح أن يستوفى نفعه فى المدة، لأنه أعتقه بعد أن ملك نفعه لغيره فأشبه ما لو أعتق الأمة المزوجة لحر، ولا يرجع العبد على سيده بشىء، لأنه ما أزال ملكه بالعتق إلاَّ عن الرقبة، والمنافع حينئذ مملوكة لغيره فلم تتلف منافعه بالعتق فلا يرجع بشىء، ولأنه أعتقه مسلوب المنفعة فلم يرجع بشىء كما لو أعتق زَمِنًا أو مقطوع اليدين أو أمة مزوجة، وذكر القاضى وابن عقيل وجهًا أنه يرجع على سيده بأجر مثله وهو قول الشافعى، لأن العتق اقتضى إزالة ملكه عن الرقبة والمنفعة جميعًا، فلما لم تحصل المنفعة للعبد ههنا فكأنه حال بينه وبين منفعته.

فقد استوفى بعضه وترك بعضه، وإن أخذ من غـير جنس حقه فقد أخذ عوضه، ولا يجوز أن يأخذ من جنس حقه أكثر مما ادعاه لأن الزائد لا مقابل له، فيكون ظالمًا بأخذه، وإن أخذ من غير جنسه جاز، ويكون بيعًا فى حق المدعى لاعتـقاده أخذه عوضًا، فيلزمه حكم إقراره، فإن كان المأخوذ شقصًا فى دار أو عقار وجبت فيه الشفعة، وإن وجد به عيبًا فله رده والرجوع فى

ولنا أن إعتاقه لم يصادف للمعتق سوى ملك الرقبة فلم يؤثر إلاَّ فيه، كما لو وصى لرجل برقبة عبد ولآخر بمنفعته فأعتق صاحب الرقبة، وكما لو أعتق أمة مزوجة، قولهم: إنه اقتضى زوال الملك عن المنفعة، قلنا: إنمـا يقتضى ذلك إذا كانت مملوكة له، أمـا إذا كانت مملوكة لغيره فلا يقتضى إعتاقه إزالة ما ليس بمـوجود، وإن تبين أن العبد مستحق تبين بطلان الصلح لفساد العوض ورجع المدعى فـيما أقر له به، وإن وجد العبد معيبًا عـيبًا تنقص به المنفعة فله رده وفسخ الصلح، وإن صالح على العبد عينه صح، والحكم فيما إذا خـرج مستحقّا أو معيبًا كما ذكرنا.

فـــصل: وإذا ادعى زرعًا فى يد رجل فـأقر له به ثم صالحه على دراهم جـاز على الوجه الذى يجــوز بيع الزرع، وقد ذكرناه فى البيع، فإن كـان الزرع فى يد رجلين فأقر له أحدهما بنصفه ثم صالحه عليه قبل اشتداد حبه لم يجز، لأنه إن كان الصلح مطلقًا أو بشرط التبقية لم يجز، لأنه لا يجوز بيعه، وإن شرط القطع لم يجز أيضًا، لكونه لا يمكنه قطعه إلاَّ بقطع زرع الآخر، ولو كان الزرع لواحد فأقر للمدعى بنصـفه ثم صالحه عنه بنصف الأرض ليصير الزرع كله للمقر والأرض بينـهما نصفين، فـإن شرط القطع جاز، لأن الزرع كله للمقر فـجاز شرط قطعه، ويحتمل أن لا يجوز، لأن فى الزرع مـا ليس بمبيع، وهو النصف الذى لم يقر به وهو فى النصف الباقى له، فـلا يصح شرط قطعه، كما لو شـرط قطع زرع آخر فى أرض أخرى، وإن صالحه منه بجـميع الأرض بشرط القطع ليسلم الأرض إليه فارغـة صح، لأن قطع جميع الزرع مستحق نصفه بحكم الصلح والباقى لتفريغ الأرض فأمكن القطع، وإن كان إقراره بجميع الزرع فصالحه من نصفه على نصف الأرض لتكون الأرض والزرع بينهما نصفين وشرطا القطع فى الجميع احتـمل الجواز، لأنهما قد شرطا قطع كل الزرع وتسليم الأرض فـارغة، واحتمل المنع، لأن باقى الزرع ليس بمبيع فلا يصح بشرط قطعه فى العقد.

13- مـــســـألة: (ويصح الصلح عن المـجهـول بمعلوم إذا كان مـما لا يمكن مـعرفـته للحاجة).

يصح الصلح عن المجهول سـواء كان عينًا أو دينًا إذا كان مما لا سبيل إلى مـعرفته، قال أحمـد فى الرجل يصالح عن الشيء: فإن علم أنه أكـثر منه لم يجز إلا أن يوقفـه عليه إلا أن يكون مجهولاً لا يدرى ما هو، ونقل عنه عبد الله إذا اختلط قفيز حنطة بقفيز شعير وطحنا فإن عرف قـيمة دقـيق الحنطة ودقيق الشـعير بيع هذا وأعطى كـل واحد منهمـا قيمـة ماله إلا أن

دعواه، ويكون فى حق المنكر بمنزلة الإبراء، لأنه دفع المال افتداء ليمينه ودفعًا للضرر عنه، لا عوضًا عن حق يعتقده فيلزمه ايضًا حكم إقراره، فإن وجد بالمصالح عنه عيبًا لم يرجع به على المدعي لاعتقاده أنه ما أخذ عوضًا، وإن كان شقصًا لم تثبت فيه الشفعة لأنه يعتقده على ملكه لم يزل وما ملكه بالصلح، ولو دفع المدعى عليه ما ادعاه أو بعضه لم يثبت فيه حكم

يصطلحا على شيء ويتحالا، وقال ابن أبى موسى: الصلح الجائز هو صلح الزوجة من صداقها الذى لا بينة لها به ولا علم لها ولا للورثة بمبلغه، وكذلك الرجلان تكون بينهما المعاملة، والحساب الذى قد مضى عليه الزمن الطويل لا علم لكل واحد منهما بما عليه لصاحبه فيجوز الصلح بينهما، وكذلك من عليه حق لا علم له بقدره جاز أن يصالح عليه، وسواء كان صاحب الحق يعلم قدر حقه ولا بينة له ولا علم له، ويقول القابض: إن كان لى عليك حق فأنت منه فى حل، ويقول الدافع: إن كنت أخذت أكثر من حقك فأنت منه فى حل، وقال الشافعى: لا يصح الصلح على مجهول، لأنه فرع البيع، والبيع لا يصح على مجهول.

ولنا ما روى عن النبى ﷺ فى رجلين اختصما فى مواريث درست «استهما وتوخيا وليحلل أحدكما صاحبه»(4) رواه أحمد بمعناه، وهذا صلح على المجهول، ولأنه إسقاط حق فصح فى المجهول كالعتاق، ولأنه إذا صح الصلح مع العلم وإمكان أداء الحق بعينه فلأن يصح مع الجهل أولى، وذلك لأنه إذا كان معلومًا فلهما طريق إلى التخلص وبراءة أحدهما من صاحبه بدونه ومع الجهل لا يمكن ذلك، فلو لم يجز الصلح أفضي إلى ضياع المال على تقدير أن يكون بينهما مال لا يعرف كل واحد منهما قدر حقه منه، ولا نسلم كونه فرع بيع، وإنما هو إبراء، وإن سلمنا كونه فرع بيع فإن البيع يصح فى المجهول عند الحاجة كبيع أساسات الحيطان وطى الآبار وما مأكوله فى جوفه، ولو أتلف رجل صبرة طعام لا يعلم قدرها فقال صاحب الطعام لمتلفه: بعتك الطعام الذى فى ذمتك بهذا الدرهم أو بهذا الثوب صح، إذا ثبت هذا فمتى كان العوض فى الصلح مما لا يحتاج إلى تسليمه ولا سبيل إلى معرفته كالمختصمين فى مواريث دراسة وحقوق سالفة، أو فى أرض أو عين من المال لا يعلم كل واحد قدر حقه صح الصلح مع الجهالة من الجانبين لما ذكرنا من الخبر والمعنى، وإن كان يحتاج إلى تسليمه لم يجز مع الجهالة ولا بد من العلم به، لأن تسليمه واجب، والجهالة تمنعه وتفضى إلى التنازع فلا يحصل مقصود الصلح.

فصل: فأما ما يمكنهما معرفته كتركة موجودة، أو يعلمه الذى هو عليه ويجهله صاحبه فلا يصح الصلح عليه مع الجهل، قال أحمد: إن صولحت امرأة من ثمنها لم يصح، واحتج

---

(4) أخرجه أبو داود (٣/ ح ٣٥٨٤) وأحمد فى مسنده (٦/ ٣٢٠) والبيهقى فى السنن (٦/ ٦٦) والحاكم (٤/ ٩٥) وانظر الإرواء (١٤٢٣) وهو حديث حسن.

البيع، ولا تثبت فيه الشفعة، لأن المدعى يعتقد أنه استوفى بعض حقه وأخذ عين ماله مسترجعًا لها ممن هى عنده، فلم يكن بيعًا كاسترجاع العين المغصوبة فأما إن كان أحدهما كاذبًا، مثل أن يدعى المدعى شيئًا يعلم أنه ليس له، وينكر المنكر حقًا يعلم أنه عليه، فالصلح باطل فى الباطن، لأن المدعى إذا كان كاذبًا فما يأخذه أكل مال بالباطل، أخذه بشره وظلمه ودعواه الباطلة، لا عوضًا عن حق له فيكون حرامًا عليه، كمن خوف رجلاً بالقتل حتى أخذ ماله، وإن كان صادقًا والمدعى عليه يعلم صدقه وثبوت حقه، فجحده لينتقص حقه أو يرضيه عنه بشىء فهو هضم للحق، وأكل مال بالباطل، فيكون ذلك حرامًا، والصلح باطل، ولا يحل له مال المدعى بذلك، ذكره الخرقى فى قوله: وإن كان يعلم ما عليه فجحده فالصلح باطل يعنى فى الحقيقة، وأما الظاهر لنا فهو الصحة، لأننا لا نعلم باطن الحال، وإنما ينبنى الأمر على الظواهر، والظاهر من المسلم السلامة.

بقول شريح: أيما امرأة صولحت من ثمنها فلم يبين لها ما ترك زوجها فهى الريبة كلها، قال: وإن ورث قوم مالاً أو دورًا، أو غير ذلك، فقالوا لبعضهم: نخرجك من الميراث بألف درهم أكره ذلك، ولا يشترى منها شيئًا وهى لا تعلم لعلها تظن أنه قليل، وهو يعلم أنه كثير ولا يشترى حتى تعرفه وتعلم ما هو، إنما يصالح الرجل الرجل على الشىء لا يعرفه ولا يدرى ما هو حساب بينهما فيصالحه، أو يكون رجل يعلم ماله عند رجل والآخر لا يعلمه فيصالحه، فأما إذا علم فلم يصالحه إنما يريد أن يهضم حقه ويذهب به، وذلك لأن الصلح إنما جاز مع الجهالة للحاجة إليه لإبراء الذمم وإزالة الخصام، فمع إمكان العلم لا حاجة إلى الصلح مع الجهالة فلم يصح كالبيع.

فصل: قال الشيخ ﷺ: **القسم الثانى:** أن يدعى عليه عينًا أو دينًا فينكره ثم يصالحه على مال فيصح ويكون بيعًا فى حق المدعى، حتى إن وجد بما أخذه عيبًا فله رده وفسخ الصلح.

الصلح على الإنكار صحيح، وبه قال مالك وأبو حنيفة، وقال الشافعى: لا يصح، لأنه عاوض عما لم يثبت له فلم تصح المعاوضة، كما لو باع مال غيره، ولأنه عقد معاوضة خلا عن العوض فى أحد جانبيه فبطل كالصلح على حد القذف.

ولنا: عموم قوله ﷺ: «الصلح بين المسلمين جائز» فيدخل هذا فى عمومه، فإن قالوا فقد قال: «إلاَّ صلحًا أحل حرامًا» وهذا دخل فيه، لأنه لم يكن له أن يأخذ من مال المدعى عليه فحل بالصلح، قلنا: لا نسلم دخوله فيه، ولا يصح حمل الحديث على ما ذكروه لوجهين: **أحدهما:** أن هذا يؤخذ فى الصلح بمعنى البيع، فإنه يحل لكل واحد منهما ما كان محرمًا عليه قبله، وكذلك الصلح بمعنى الهبة، فإنه يحل للموهوب له ما كان حرامًا عليه **الثانى:** أنه لو حل به المحرم لكان الصلح صحيحًا، فإن الصلح الفاسد يحل الحرام، وإنما

فصل: ولو ادعى على رجل وديعة أو قرضًا أو تفريطًا فى وديعة أو مضاربة فأنكره واصطلحا صح، لما ذكرناه.

فصل: وإن صالح عن المنكر أجنبى صح، سواء اعترف للمدعى بصحة دعواه أو لم يعترف، وسواء كان بإذنه أو غير إذنه، وقال أصحاب الشافعى: إنما يصح إذا اعترف للمدعى بصدقه، وهذا مبنى على صلح المنكر، وقد ذكرناه، ثم لا يخلو الصلح إما أن يكون عن دين أو عين، فإن كان عن دين صح، سواء كان بإذن المنكر أو بغير إذنه، لأن قضاء الدين عن غيره جائز بإذنه وبغير إذنه فإن عليًا وأبا قتادة ﵄ قضيا عن الميت فأجازه النبى ﷺ [(٣)]،

منعناه ما يتوصل به إلى تناول المحرم مع بقائه على تحريمه، كما لو صالحه على استرقاق حر أو إحلال بضع محرم، أو صالحه بخمر أو خنزير، وليس ما نحن فيه كذلك، وعلى أنهم لا يقولون بهذا فإنهم يبيحون لمن له حق يجحده غريمه أن يأخذ من ماله بقدره أو دونه، فإذا حل له ذلك من غير اختياره ولا علمه فلأن يحل برضاه وبذله أولى، وكذلك إذا حل مع اعتراف الغريم فلأن يحل مع جحده وعجزه عن الوصول إلى حقه إلا بذلك أولى، ولأن المدعى ههنا يأخذ عوض حقه الثابت له، والمدعى عليه يدفعه لدفع الشر عنه ويقطع الخصومة ولم يرد الشرع بتحريم ذلك فى موضع، ولأنه صلح يصح مع الأجنبى فصح مع الخصم كالصلح مع الإقرار، يحققه أنه إذا صح مع الأجنبى مع غناه عنه فلأن يصح مع الخصم مع حاجته إليه أولى، وقولهم: إنه معاوضة، قلنا: فى حقهما أو فى حق أحدهما؟ الأول ممنوع، والثانى مسلم، وهذا لأن المدعى يأخذ عوض حقه من المنكر لعلمه بثبوت حقه عنده فهو معاوضة فى حقه، والمنكر يعتقد أنه يدفع المال لدفع الخصومة واليمين عنه وتخلصه من شر المدعى فهو أبرأ فى حقه وغير ممتنع ثبوت المعاوضة فى حق أحد المتعاقدين دون الآخر، كما لو اشترى عبدًا شهد بحريته فإنه يصح ويكون معاوضة فى حق البائع واستنقاذًا له من الرق فى حق المشترى، كذا ههنا، إذا ثبت هذا فلا يصح هذا الصلح إلا أن يكون المدعى معتقدًا أن ما ادعاه حق والمدعى عليه يعتقد أنه لا حق عليه فيدفع إلى المدعى شيئًا افتداءً ليمينه وقطعًا للخصومة وصيانة لنفسه عن التبذل وحضور مجلس الحاكم، فإن ذوى الأنفس الشريفة يصعب عليهم ذلك ويرون دفع ضررها عنهم من أعظم المصالح، والشرع لا يمنعهم من وقاية أنفسهم وصيانتها ودفع الشر عنهم ببذل أموالهم، والمدعى يأخذ ذلك عوضًا عن حقه الذى يعتقد ثبوته فلا يمنعه الشرع من ذلك، سواء كان المأخوذ من

---

(٣) أما حديث على: فأخرجه البيهقى فى السنن (٦/ ٧٣) والدارقطنى (٣/ ٧٨) وأسانيد حديث على كلها ضعيفة، قالها البيهقى، وقال: والروايات فى تحمل أبى قتادة دين الميت أصح، والله أعلم. اهـ.
وأما حديث أبى قتادة: فأخرجه البخارى (٤/ ح ٢٢٨٩، ٢٢٩٥/ فتح) من حديث سلمة بن الأكوع، وأحمد فى مسنده (٣/ ٣٣٠) والحاكم فى المستدرك (٢/ ٥٨) والبيهقى فى السنن (٦/ ٧٥).

وإن كان الصلح عن عين بإذن المنكر فهو كالصلح منه، لأن الوكيل يقوم مقام الموكل، وإن كان بغير إذنه فهو افتداء للمنكر من الخصومة وإبراء له من الدعوى، وذلك جائز، وفى الموضعين: إذا صالح عنه بغير إذنه لم يرجع عليه بشىء، لأنه أدى عنه ما لا يلزمه أداؤه، وخرجه القاضى وأبو الخطاب على الروايتين فيما إذا قضى دينه الثابت بغير إذنه، وليس هذا بجيد لأن هذا لم يثبت وجوبه على المنكر ولا يلزمه أداؤه الى المدعى، فكيف يلزمه أداؤه إلى غيره؟ ولأنه أدى عنه ما لا يجب عليه، فكان متبرعًا كما لو تصدق عنه، ومن قال

جنس حقه بقدر حقه أو دونه، فإن أخذ من جنس حقه بقدره فقد استوفى حقه، وإن أخذ دونه فقد استوفى بعضه وترك بعضه، وإن أخذ من غير جنس حقه فقد أخذ عوضه ولا يجوز أن يأخذ من جنس حقه أكثر منه، لأن الزائد لا مقابل له فيكون ظالمًا بأخذه، وإن أخذ من غير جنسه جاز ويكون بيعًا فى حق المدعى لاعتقاده أخذه عوضًا فيلزمه حكم إقراره، فإن وجد بما أخذه عيبًا فله رده وفسخ الصلح كما لو اشترى شيئًا فوجده معيبًا.

14- مسألة: (وإن كان شقصًا مشفوعًا ثبتت فيه الشفعة ويكون إبراء فى حق الآخر فلا يرد ما صولح عنه بعيب ولا يؤخذ بشفعة).

إذا كان الذى أخذه المدعى شقصًا فى دار أو عقار وجبت فيه الشفعة، لأنه يقر أن الذى أخذه عوضًا فهو كما لو اشتراه ويكون أبرأ فى حق المنكر، لأنه دفع المال افتداءً ليمينه ودفعًا للضرر عنه لا عوضًا عن حق يعتقده فيلزمه أيضًا حكم إقراره، فإن وجد بالمصالح عنه عيبًا لم يرجع به على المدعى لاعتقاده أنه ما أخذه عوضًا، وإن كان شقصًا لم تثبت فيه الشفعة، لأنه يعتقده على ملكه لم يزل وما ملكه بالصلح، ولو دفع المدعى عليه إلى المدعى ما ادعاه أو بعضه لم يثبت فيه حكم البيع ولا تثبت فيه الشفعة، لأن المدعى يعتقد أنه استوفى بعض حقه وأخذ عين ماله مسترجعًا لها ممن هى عنده فلم يكن بيعًا كاسترجاع العين المغصوبة.

15- مسألة: (فإن كان أحدهما عالمًا بكذب نفسه فالصلح باطل فى حقه وما أخذه حرام عليه).

متى علم أحدهم كذب نفسه كمن ادعى شيئًا يعلم أنه ليس له أو أنكر حقًا يعلم أنه عليه فالصلح باطل فى الباطن، لأن المدعى إذا كان كاذبًا فما يأخذه أكل للمال بالباطل أخذه بشره وظلمه لا عوضًا عن حق فيكون حرامًا عليه كمن خوف رجلاً بالقتل حق أخذ ماله، وإن كان المدعى عليه يعلم صدق المدعى وجحده لينتقص حقه أو يرضيه عنه شىء فهو هضم للحق وأكل مال بالباطل فيكون ذلك حرامًا، والصلح باطل لا يحل له مال المدعى بذلك، هذا حكم الباطن وأما الظاهر لنا فهو الصحة، لأنا لا نعلم باطن الحال إنما نبنى الأمر على الظاهر، والظاهر من حال المسلمين الصحة، ولو ادعى على رجل وديعة أو قرضًا أو تفريطًا فى وديعة أو مضاربة أنكر واصطلحا صح ما ذكرناه.

برجوعه فإنه يجعله كالمدعى فى الدعوى على المنكر لا غير: أما أن يجب له الرجوع بما أداه حتمًا فلا وجه له أصلاً، لأن أكثر ما يجب لمن قضى دين غيره أن يقوم مقام صاحب الدين وصاحب الدين ههنا لم يجب له حق ولا لزم الأداء إليه، ولا يثبت له أكثر من جواز الدعوى، فكذلك هذا، ويشترط فى جواز الدعوى أن يعلم صدق المدعى، فأما إن لم يعلم لم يحل له دعوى بشىء لا يعلم ثبوته، وأما ما إذا صالح عنه بإذنه فهو وكيله، والتوكيل فى ذلك جائز، ثم إن أدى عنه بإذنه رجع إليه، وهذا قول الشافعى، وإن أدى عنه بغير إذنه متبرعًا لم يرجع بشىء، وإن قضاء محتسبًا بالرجوع خرج على الروايتين فيمن قضى دين غيره بغير إذنه، لأنه قد وجب عليه أداؤه بعقد الصلح، بخلاف ما إذا صالح وقضى بغير إذنه فإنه قضى ما لا يجب على المنكر قضاؤه.

فصل: وإن صالح الأجنبى المدعى لنفسه لتكون المطالبة له، فلا يخلو من أن يعترف

16- مسألة: (فإن صالح عن المنكر أجنبى بغير إذنه صح ولم يرجع عليه فى أصح الوجهين).

إذا صالح عن المنكر أجنبى صح سواء اعترف للمدعى بصحة دعواه أو لم يعترف، وسواء كان بإذنه أو بغير إذنه، وقال أصحاب الشافعى: إنما يصح إذا اعترف المدعى بصدقه، وهذا مبنى على صلح المنكر، وقد ذكرناه، ثم لا يخلو الصلح أن يكون عن دين أو عين، فإن كان عن دين صح سواء كان بإذن المنكر أو بغير إذنه، فإن عليًا وأبا قتادة قضيا عن الميت فأجازه النبى ﷺ وإن كان الصلح عن عين بإذن المنكر فهو كالصلح منه لأن الوكيل يقوم مقام الموكل، وإن كان بغير إذنه فهو افتداء للمنكر من الخصومة وإبراء له من الدعوى وذلك جائز، وفى الموضعين إذا صالح عنه بغير إذنه لم يرجع عليه بشىء، لأنه أدى عنه ما لا يلزمه أداؤه، وخرجه القاضى وأبو الخطاب على الروايتين فيما إذا قضى دينه الثابت بغير إذنه، وهذا التخريج لا يصح، لأن هذا لم يثبت وجوبه على المنكر ولا يلزمه أداؤه إلى المدعى فكيف يلزمه أداؤه إلى غيره؟ ولأنه أدى عنه ما لا يجب عليه فكان متبرعًا كما لو تصدق عنه، ومن قال برجوعه فإنه يجعله كالمدعى فى الدعوى على المنكر أما أنه يجب له الرجوع بما ادعاه حتمًا فلا وجه له أصلاً، لأن أكثر ما يجب لمن قضى دين غيره أن يقوم مقام صاحب الدين، وصاحب الدين ههنا لم يجب له حق ولا لزم الأداء إليه ولم يثبت له أكثر من جواز الدعوى فكذلك هذا، ويشترط فى جواز الدعوى أن يعلم صدق المدعى، فأما إن لم يعلم لم يحل له دعوى شىء لا يعلم ثبوته.

17- مسألة: (وإن صالح الأجنبى لنفسه لتكون المطالبة له غير معترف بصحة الدعوى أو معترفًا بها عالمًا بعجزه عن استنقاذها لم يصح، وإن ظن القدرة عليه صح، فإن عجز عنه فهو مخير بين فسخ الصلح وإمضائه).

للمدعى بصحة دعواه أو لا يعترف له، فإن لم يعترف له كان الصلح باطلاً، لأنه يشترى منه ما لم يثبت له ولم تتوجه إليه خصومة يفتدى منها، فأشبه ما لو اشترى منه ملك غيره، وإن اعترف له بصحة دعواه وكان المدعى دينًا لم يصح، لأنه اشترى ما لا يقدر البائع على تسليمه، ولأنه بيع للدين من غير من هو فى ذمته، ومن أصحابنا من قال: يصح وليس بجيد، لأن بيع الدين المقر به من غير من هو فى ذمته لا يصح، فبيع دين فى ذمة منكر معجوز عن قبضه أولى، وإن كان المدعى عينًا فقال الأجنبى للمدعى: أنا أعلم أنك صادق فصالحنى عنها فإنى قادر على استنقاذها من المنكر، فقال أصحابنا: يصح الصلح، وهو مذهب الشافعى، لأنه اشترى منه ملكه الذى يقدر على تسليمه، ثم إن قدر على انتزاعه استقر الصلح، وإن عجز كان له الفسخ، لأنه لم يسلم له المعقود عليه، فكان له الرجوع إلى بدله، ويحتمل أنه إن تبين انه لا يقدر على تسليمه تبين أن الصلح كان فاسدًا، لأن الشرط الذى هو القدرة على قبضه معدوم حال العقد فكان فاسدًا كما لو اشترى عبده فتبين أنه آبق أو ميت، ولو اعترف له

إذا صالح الأجنبى المدعى لنفسه لتكون المطالبة له فلا يخلو إما أن يعترف للمدعى بصحة دعواه أو لا، فإن لم يعترف له فالصلح باطل، لأنه يشترى منه ما لم يثبت له ولم يتوجه إليه خصومة يفتدى منها أشبه ما لو اشترى منه ملك غيره، وإن اعترف له بصحة دعواه وكان المدعى دينًا لم يصح، لأنه اشترى ما لا يقدر البائع على تسليمه، ولأنه بيع للدين من غير من هو فى ذمته، وقال بعض أصحابنا: يصح وليس بجيد، لأن بيع الدين المقر به من غير من هو فى ذمته لا يصح، فبيع دين فى ذمة منكر معجوز عن قبضه أولى، وإن كان المدعى عينًا فقال الأجنبى للمدعى: أنا أعلم أنك صادق فصالحنى عنها فإنى قادر على استنقاذها من المنكر فقال أصحابنا: يصح الصلح، وهو مذهب الشافعى، لأنه اشترى منه ملكه الذى يقدر على قبضه، ثم إن قدر على أخده استقر الصلح، وإن عجز كان له الفسخ، لأنه لم يسلم له المعقود عليه فكان له الرجوع إلى بدله، ويحتمل أنه إن تبين أنه لا يقدر على تسليمه تبين أن الصلح كان فاسدًا، لأن الشرط الذى هو القدرة على قبضه معدوم حال العقد فكان فاسدًا كما لو اشترى عبده فتبين أنه آبق أو ميت، ولو اعترف له بصحة دعواه ولا يمكنه استنقاذه لم يصح الصلح، لأنه اشترى ما لا يمكنه قبضه فأشبه شراء العبد الآبق، فإن اشتراه وهو يظن أنه عاجز عن قبضه فتبين أن قبضه ممكن صح البيع، لأن البيع تناول ما يمكن قبضه فصح كما لو علما ذلك، ويحتمل أن لا يصح، لأنه ظن عدم الشرط فأشبه ما لو باع عبدًا يظن أنه حر، أو أنه عبد غيره فتبين أنه عبده، ويحتمل أن يفرق بين من يعلم أن البيع يفسد بالعجز عن تسليم المبيع وبين من لا يعلم ذلك، لأن من يعلم ذلك معتقدًا فساد البيع والشراء فكان بيعه فاسدًا لكونه متلاعبًا بقوله معتقدًا فساده، ومن لا يعلم يعتقده صحيحًا، وقد تبين اجتماع شروطه فصح كما لو علمه مقدورًا على تسليمه.

بصحة دعواه ولا يمكنه استيفاؤه لم يصح الصلح، لأنه اشترى ما لا يمكنه قبضه منه، فأشبه شراء العبد الآبق والجمل الشارد، فإن اشتراه وهو يظن انه عاجز عن قبضه فتبين أن قبضه ممكن صح البيع، لأن البيع تناول ما يمكن قبضه فصح كما لو علمنا ذلك، ويحتمل أن لا يصح لأنه ظن عدم الشرط، فأشبه ما لو باع عبداً يظن أنه حر، أو أنه عبد غيره فتبين أنه عبده، ويحتمل أن يفرق بين من يعلم أن البيع يفسد بالعجز عن تسليم المبيع وبين من لم يعلم ذلك لأن من يعلم ذلك يعتقد فساد البيع والشراء، فكان بيعه فاسداً لكونه متلاعباً بقوله معتقداً فساده، ومن لا يعلم يعتقده صحيحاً، وقد تبين اجتماع شروطه فصح، كما لو علمه مقدوراً على تسليمه.

فصل: فإن قال الأجنبي للمدعي: أنا وكيل المدعى عليه في مصالحتك عن هذه العين وهو مقرٌّ لك بها، وإنما يجحدها في الظاهر، فظاهر كلام الخرقي: أن الصلح لا يصح، لأنه يجحدها في الظاهر لينتقص المدعي بعض حقه، أو يشتريه بأقل ثمنه، فهو هاضم للحق يتوصل الى أخذ المصالح عنه بالظلم والعدوان، فهو بمنزلة ما لو شافهه بذلك فقال: أنا أعلم صحة دعواك، وأن هذا لك ولكن لا أسلمه إليك ولا أقر لك به عند الحاكم حتى تصالحني منه على بعضه أو عوض عنه، وقال القاضي، يصح، وهذا مذهب الشافعي، قالوا: ثم ينظر إلى المدعي عليه، فإن صدقه على ذلك ملك العين ورجع على الأجنبي وعليه بما أدى عنه إن كان أذن له في الدفع، وإن أنكر الإذن في الدفع فالقول قوله مع يمينه ويكون حكمه حكم من قضى دينه بغير إذنه، وإن أنكر الوكالة فالقول قوله مع يمينه، وليس للأجنبي الرجوع عليه ولا يحكم له بملكها، فأما حكم ملكها في الباطن، فإن كان وكل الأجنبي في الشراء فقد ملكها، لأنه اشتراها بإذنه فلا يقدح إنكاره في ملكها، لأن ملكه ثبت قبل إنكاره وإنما هو ظالم بالإنكار للأجنبي، وإن كان لم يوكله لم يملكها، لأنه اشترى له عيناً بغير إذنه، ويحتمل أن

فصل: فإن قال الأجنبي للمدعي: أنا وكيل المدعى عليه في مصالحتك عن هذه العين وهو مقرٌّ لك بها وإنما جحدها في الظاهر، فظاهر كلام الخرقي أن الصلح لا يصح، لأنه يجحدها في الظاهر لينتقص المدعي بعض حقه أو يشتريه بأقل من ثمنه فهو هاضم للحق متوصل إلى أخذ المصالح عنه بالظلم والعدوان، فهو بمنزلة ما لو شافهه بذلك فقال: أنا أعلم صحة دعواك وأن هذا لك لكن لا أسلمه إليك ولا أقر لك به عند الحاكم حتى تصالحني منه على بعضه أو عوض عنه، وقال القاضي: يصح، وهو مذهب الشافعي قالوا: ثم ينظر إلى المدعي عليه، فإن صدقه على ذلك ملك العين ورجع الأجنبي عليه بما أدى عنه، وإن كان أذن في الدفع، وإن أنكر الإذن في الدفع فالقول قوله مع يمينه ويكون حكمه حكم من قضى دينه بغير إذنه، وإن أنكر الوكالة فالقول وله مع يمينه، وليس للأجنبي الرجوع عليه ولا يحكم له بملكها في الظاهر، فأما حكم ملكها في الباطن فإن كان وكل الأجنبي في الشراء فقد ملكها، لأنه اشتراها بإذنه فلا يقدح إنكاره في ملكها، لأن ملكه ثبت قبل إنكاره، وإنما هو

يقف على إجازته كما قلنا فيمن اشترى لغيره شيئًا بغير إذنه بثمن فى ذمته، فإن أجازه لزم فى حقه، وإن لم يجزه لزم من اشتراه، وإن قال الأجنبى، للمدعى: قد عرف المدعى عليه صحة دعواك، وهو يسألك أن تصالحه عنه وقد وكلنى فى المصالحة عنه فصالحه صح، وكان الحكم كما ذكرنا، لأنه هٰهنا لم يمتنع من أدائه، بل اعترف به وصالحه عليه مع بذله له، فأشبه ما لو لم يجحده.

٨١٨- **مسألة:** قال: **(ومن اعترف بحق فصالح على بعضه لم يكن ذلك صلحًا لأنه هضم للحق)**.

وجملته: أن من اعترف بحق وامتنع من أدائه حتى صولح على بعضه فالصلح باطل، لأنه صالح عن بعض ماله ببعض، وهذا محال، وسواء كان بلفظ الصلح أو بلفظ الإبراء أو بلفظ الهبة المقرون بشرط، مثل أن يقول: أبرأتك عن خمسمائة أو وهبت لك خمسمائة بشرط أن تعطينى ما بقى، ولو لم يشترط إلا أنه لم يعط بعض حقه إلا بإسقاطه بعضه، فهو حرام أيضًا، لأنه هضمه حقه، قال ابن أبى إسحاق(٤): الصلح على الإقرار هضم للحق، فمتى ألزم المقر له ترك بعض حقه فتركه عن غير طيب نفسه لم يطب الأخذ، وإن تطوّع المقر له بإسقاط بعض حقه بطيب من نفسه جاز، غير أن ذلك ليس بصلح، ولا من باب الصلح بسبيل، ولم يسم الخرقى الصلح إلا فى الإنكار على الوجه الذى قدمنا ذكره، فأما فى الاعتراف فإذا اعترف بشىء وقضاه من جنسه فهو وفاء، وإن قضاه من غير جنسه فهى معاوضة، وإن أبرأه من بعضه اختيارًا منه واستوفى الباقى فهو إبراء، وإن وهب له بعض العين وأخذ باقيها بطيب نفس فهى هبة، فلا يسمى ذلك صلحًا، ونحو ذلك قال ابن أبى موسى، وسماه القاضى وأصحابه صلحًا، وهو قول الشافعى وغيره، والخلاف فى التسمية، أما المعنى فمتفق عليه، وهو فعل ما عدا وفاء الحق وإسقاطه على وجه يصح، وذلك ثلاثة أقسام، معاوضة، وإبراء، وهبة، فأما المعاوضة فهو أن يعترف له بعين فى يده أو دين فى ذمته ثم يتفقان على تعويضه عن ذلك بما يجوز تعويضه به، وهذا ثلاثة أضرب: **أحدها:** أن يعترف له بأحد النقدين فيصالحه الآخر، نحو أن يعترف له بمائة درهم، فيصالحه منها بعشرة دنانير، أو يعترف له بعشرة دنانير فيصالحه على مائة درهم، فهذا صرف يشترط له شروط الصرف من

ظالم بالإنكار للأجنبى، وإن كان لم يوكله لم يملكها، لأنه اشترى له عينًا بغير إذنه، ويحتمل أن يقف على إجازته، كما قلنا فيمن اشترى لغيره شيئًا بغير إذنه بثمن فى ذمته فإن أجازه ملكه وإلاَّ لزم من اشتراه، وإن قال الأجنبى للمدعى: قد عرف المدعى عليه صحة دعواك وهو يسألك أن تصالحه عنه وقد وكلنى فى المصالحة عنه صح وكان الحكم كما ذكروه، لأنه ههنا لم يمتنع من أدائه بل اعترف به وصالح عليه مع بذله فأشبه ما لو لم يجحده.

---

(٤) فى هـ «موسى».

التقابض فى المجلس ونحوه، **الثانى**: أن يعترف له بعروض فيصالحه على أثمان، أو بأثمان فيصالحه على عروض، فهذا بيع يثبت فيه أحكام البيع، وإن اعترف له بدين فصالحه على موصوف فى الذمة لم يجز التفرق قبل القبض، لأنه بيع دين بدين، **الثالث**: أن يصالحه على سكنى دار، أو خدمة عبد ونحوه، أو على أن يعمل له عملاً معلومًا، فيكون ذلك إجارة لها، حكم سائر الإجارات وإذا أتلف الدار أو العبد قبل استيفاء شىء من المنفعة انفسخت الإجارة ورجع بما صالح عنه، وإن تلفت بعد استيفاء شىء من المنفعة انفسخت فيما بقى من المدة ورجع بقسط ما بقى، ولو صالحه على أن يزوجه جاريته وهو ممن يجوز له نكاح الإماء صح، وكان المصالح عنه صداقها، فإن انفسخ النكاح قبل الدخول بأمر يسقط الصداق رجع الزوج بما صالح عنه، وإن طلقها قبل الدخول رجع بنصفها، وإن كان المعترف امرأة فصالحت المدعى على أن تزوجه نفسها جاز، ولو كان المعترف به عيبًا فى مبيعها فصالحته على نكاحها صح، فإن زال العيب رجعت بأرشه، لأن ذلك صداقها فرجعت به لا بمهر مثلها، وإن لم يزل العيب لكن انفسخ نكاحها بما يسقط صداقها رجع عليها بأرشه.

القسم الثانى: الإبراء، وهو أن يعترف له بدين فى ذمته، فيقول قد أبرأتك من نصفه أو جزء معين منه فأعطنى ما بقى، فيصح إذا كانت البراءة مطلقة من غير شرط، قال أحمد: إذا

فصل: قال الشيخ رحمه الله: (**يصح الصلح عن القصاص بديات وبكل ما يثبت مهرًا**).

وجملة ذلك أن الصلح يجوز عن كل ما يجوز أخذ العوض عنه سواء كان مما يجوز بيعه أو لا يجوز، فيصح عن دم العمد وسكنى الدار، وعيب المبيع، ومتى صالح عما يوجب القصاص بأكثر من ديته أو أقل جاز، وقد روى أن الحسن والحسين وسعيد بن العاص بذلوا للذى وجب له القصاص على هدبة بن خشرم سبع ديات فأبى أن يقبلها، ولأن المال غير متعين فلا يقع العوض فى مقابلته، وإن صالح عن القصاص بعبد فخرج مستحقًا رجع بقيمته فى قول الجميع، وإن خرج حرًا فكذلك، وبه قال أبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة يرجع بالدية، لأن الصلح فاسد فيرجع ببذل ما صالح عنه وهو الدية.

ولنا: أنه تعذر تسليم ما جعله عوضًا فرجع فى قيمته كما لو خرج مستحقًا، فإن صالحه عن القصاص بحرٍ يعلمان حريته أو عبد يعلمان أنه مستحق، أو تصالحا بذلك عن غير القصاص رجع بالدية وبما صالح عنه، لأن الصلح باطل يعلمان بطلانه فكان وجوده كعدمه.

فصل: وإن صالح عن دار أو عبد بعوض فخرج العوض مستحقًا أو حرًا رجع فى الدار وما صالح عنه أو بقيمته إن كان بالغًا، لأن الصلح ههنا بيع فى الحقيقة، فإذا تبين أن العوض كان مستحقًا أو حرًا كان البيع فاسدًا فرجع فيما كان له بخلاف الصلح عن القصاص فإنه ليس ببيع، وإنما يأخذ عوضًا عن إسقاط القصاص، ولو اشترى شيئًا فوجده معيبًا فصالحه عن عيبه بعبد فبان مستحقًا أو حرًا رجع بأرش العيب.

كان للرجل على الرجل الدين ليس عنده وفاء فوضع عنه بعض حقه وأخذ منه الباقى كان ذلك جائزًا لهما، ولو فعل ذلك قاض لم يكن عليه فى ذلك إثم، لأن النبى ﷺ كَلَّمَ غرماء جابر ليضعوا عنه فوضعوا عنه الشطر[٥]، وفى الذى أصيب فى حديقته فمر به النبى ﷺ وهو ملزوم، فأشار إلى غرمائه بالنصف فأخذوه منه[٦]، فإن فعل ذلك قاض اليوم جاز إذا كان على وجه الصلح والنظر لهما، وروى يونس عن الزهرى عن عبد الله بن كعب عن أبيه «أنه تقاضى ابن أبى حدرد دينًا كان عليه فى المسجد، فارتفعت أصواتهما حتى سمعها رسول الله ﷺ فخرج إليهما ثم نادى: يا كعب، قال: لبيك يا رسول الله، فأشار إليه: أن ضع الشطر من دينك، قال: قد فعلت يا رسول الله، قال رسول الله ﷺ: «قم فأعطه»[٧] فإن قال: على أن توفينى ما بقى بطل، لأنه ما أبرأه عن بعض الحق إلا ليوفيه بقيته، فكأنه عارض بعض حقه ببعض.

18- مسألة: (ولو صالح سارقًا ليطلعه أو شاهدًا ليكتم شهادته أو شفيعًا عن شفعته أو مقدوفًا عن حده لم يصح الصلح وتسقط الشفعة، وفى الحد وجهان).

إذا صالح السارق والزانى والشارب على أن لا يرفعه إلى السلطان لم يصح الصلح ولا يجوز أخذ العوض عنه، لأن ذلك ليس بحق فلا يجوز أخذ العوض عنه كسائر ما لا حق له فيه، وإن صالح شاهدًا ليكتم شهادته لم يصح، لأنه لا يخلو من ثلاثة أحوال: **أحدها:** أن يصالحه على أن لا يشهد عليه بحق تلزمه الشهادة به كدين الآدمى أو حق لله تعالى لا يسقط بالشبهة كالزكاة ونحوها فلا يجوز كتمانه، ولا يجوز أخذ العوض عن ذلك، كما لا يجوز أخذ العوض عن شرب الخمر.

الثانى: أن يصالحه على أن لا يشهد عليه بالزور فهذا يجب عليه ترك ذلك، ويحرم عليه فعله فلم يجز أخذ العوض عنه، كما لا يجوز أن يصالحه على أن لا يقتله ولا يغصب ماله.

الثالث: أن يصالحه على أن لا يشهد عليه بما يوجب حد الزنا والسرقة، فلا يجوز أخذ

---

(٥) أخرجه البخارى فى صحيحه (٥/ ٢٣٩٥) وليس فيه قول النبى ﷺ للغرماء أن يضعوا الشطر، وأيضًا فى كتاب الهبة (٥/ ٢٦٠١/ فتح) بلفظ: «قتل أبى وعليه دين» فسأل النبى ﷺ غرماءه أن يقبلوا ثمر حائطى ويحللوا أبى، وأخرجه أبو داود (٣/ ٢٨٨٤) بلفظ البخارى، وابن ماجه (٢/ ٢٤٣٤) وأحمد فى مسنده (٣/ ٣١٣).

(٦) ذكره ابن حجر فى المطالب العالية (١/ ح ١٣٩٥ ص ٤١٩) وعزاه إلى أبى بكر بن أبى شيبة، وقال: هو فى الصحيح دون قوله: أوقيتين. وقال البوصيرى: فى سنده زمعة بن صالح ضعفه أحمد. اهـ.

قلت: وقال ابن حجر فى التقريب: ضعيف.

(٧) أخرجه البخارى (١/ ح ٤٧١/ فتح) ومسلم (٣/ مساقاة/ ١١٩٢) وأبو داود (٣/ ح ٣٥٩٥) وابن ماجه (٢/ ح ٢٤٢٩) والدارمى (٢/ ٢٥٨٧) وأحمد فى مسنده (٦/ ٣٩٠).

القسم الثالث: الهبة، وهو أن يكون له فى يده عين فيقول: قد وهبتك نصفها فأعطنى بقيتها فيصح، ويعتبر له شروط الهبة، وإن أخرجه مخرج الشرط لم يصح، وهذا مذهب الشافعى، لأنه إذا شرط فى الهبة الوفاء جعل الهبة عوضًا عن الوفاء به، فكأنه عاوض بعض حقه ببعض وإن أبرأه من بعض الدين أو وهب له بعض العين بلفظ الصلح، مثل أن يقول: صالحنى بنصف دينك علىّ، أو بنصف دارك هذه، فيقول: صالحتك بذلك لم يصح، ذكره القاضى وابن عقيل، وهو قول بعض أصحاب الشافعى، وقال أكثرهم: يجوز الصلح، لأنه إذا لم يجز بلفظه خرج عن أن يكون صلحًا، ولا يبقى له تعلق به، فلا يسمى صلحًا، أما إذا كان بلفظ الصلح سمى صلحًا لوجود اللفظ، وإن تخلف المعنى، كالهبة بشرط الثواب، وإنما يقتضى لفظ اصلح المعاوضة إذا كان ثم عوض: أما مع عدمه فلا، وإنما معنى الصلح الاتفاق والرضى، وقد يحصل هذا من غير عوض كالتمليك إذا كان بعوض سمى بيعًا، وإن خلا عن العوض سمى هبة.

إن لفظ الصلح يقتضى المعاوضة، لأنه إذا قال: صالحنى بهبة كذا، أو على نصف هذه العين ونحو هذا، فقد أضاف إليه بالمقابلة فصار كقوله: بعنى بألف، وإن أضاف إليه «على» جرى مجرى الشرط، كقوله تعالى: ﴿فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰٓ أَن تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا﴾ (الكهف: ٩٤) وكلاهما لا يجوز، بدليل ما لو صرح بلفظ الشرط أو بلفظ المعاوضة، وقولهم: إنه يسمى صلحًا ممنوع، وإن سمى صلحًا فمجاز، لتضمنه قطع النزاع وإزالة الخصومة، وقولهم: إن الصلح لا يقتضى المعاوضة، قلنا: لا نسلم، وإن سلمنا لكن المعاوضة حصلت من اقتران حرف الباء، أو «على» أو نحوهما به، فإن لفظة الصلح تحتاج الى حرف تعدى به، وذلك يقتضى المعاوضة على ما بيناه.

فصل: وإن ادَّعى على رجل بيتًا فصالحه على بعضه أو على بناء غرفة فوقه، أو على أن يسكنه سنة لم يصح، لأنه يصالحه من ملكه على ملكه أو منفعته وإن أسكنه كان تبرعًا منه

العوض عنه، لأنه ليس بحق له، وإن صالح عن حق الشفعة لم يصح، لأنه حق شرع على خلاف الأصل لدفع ضرر الشركة، فإذا رضى بالتزام الضرر سقط الحق من غير بدل، ولم يجز العوض عنه، لأنه ليس بمال فهو كحد القذف، وإن صالحه عن حد القذف لم يصح الصلح، لأنه إن كان حدًا لله تعالى لم يكن له أن يأخذ عوضه لكونه ليس بحق له فأشبه حد الزنا والسرقة وإن كان حقًا له لم يجز الاعتياض عنه، لكونه حقًا ليس بمال، ولهذا لا يسقط إلى بدل بخلاف القصاص، ولأنه شرع لتنزيه العرض فلا يجوز أن يعتاض عن عرضه بمال، وهل يسقط بالصلح فيه؟ ينبنى على الخلاف فى كون حد القذف حقًا لله تعالى أو لآدمى فإن كان حقًا لله تعالى لم يسقط بصلح الآدمى ولا إسقاطه كحد الزنا، وإن كان حقًا لآدمى سقط بصلحه وإسقاطه كالقصاص.

متى شاء أخــرجه منها، وإن أعطاه بعض داره بناء على هذا فمتى شــاء انتزعه منه، لأنه أعطاه إياه عوضًا عــما لا يصلح عوضًا عنــه، وإن فعل ذلك على سبيل المــصالحة معــتقدًا أن ذلك وجب عليه بأجر ما سكن، وأجر ما كان فى يده من الدار لأنه أخذه بعــقد فاسد فأشبه المبيع المأخوذ بعقد فاسد وسكنى الدار بإجارة فاسدة، وإن بــنى فوق البيت غرفة أجبر على نقضها، وإذا آجر السطح مدة مقــامه فى يده، وله أخذ آلته، ولو اتفقا على أن يصــالحه صاحب البيت عن بنائه بعــوض جاز، وإن بنى الغــرفة بتراب من أرض صــاحب البيت وآلاته فلــيس له أخذ بنائه، لأنه ملك لصــاحب البــيت، وإن أراد نقض البناء لم يكن له ذلك إذا أبرأه المــالك من ضمان ما يتلف به، ويحتمل أن يملك نقضه كقولنا فى الغاصب.

فصل: وإذا صالحه بخدمة عبده سنة صح، وكانت إجارة، وقد ذكرنا ذلك، فإن باع العبد فى السنة صح البيع، ويكون للمشترى، مسلوب المنفعة بقية السنة، وللمستأجر استيفاء منفعته إلى انقضاء مدته كما لو زوج أمته ثم باعها، وإن لم يعلم المشترى بذلك فله الفسخ لأنه عيب وإن أعتق العــبد فى أثناء المــدة نفذ عــتقــه، لأنه مملوكــه يصح بيعه، فــصح عتــقه لغــيره، وللمصالح أن يستوفى نفعــه فى المدة لأنه أعتقه بعد أن ملك منفعته لغيــره، فأشبه ما لو أعتق الأمة المــزوجة لحــر، ولا يرجع العبــد على سيــده بشىء، لأنه ما زال ملكه بالعــتق إلا عن الرقبة، والمنافع حينئذ مملوكة لغيــره، فلم تتلف منافعه بالعتق، فلم يرجع بشىء، وأن أعتقه مسلوب المنفــعة فلم يرجع بشىء كما لو أعــتق زمنًا أو مقطوع اليدين، أو أعتق أمــة مزوجة، وذكر القاضى وابن عقيل وجهًا آخر: أنه يرجع على سيده بأجر مثله، وهو قول الشافعى، لأن العتق اقتضى إزالة ملكه عن الرقبة والمنفعة جميعًا، فلما لم تحصل المنفعة للعبد هــهنا» فكأنه حال بينه وبين منفعته.

ولنا: أن إعتاقــه لم يصادف للمعتق ســوى ملك الرقبة، فلم يؤثر إلا فيــه، كما لو وصى لرجل برقبة عبــد ولآخر بنفعه فأعتق صــاحب الرقبة وكما لو أعتق أمــة مزوجة، وقولهم: إنه اقتــضى زوال الملك عن المنعــة قلنا: إنما يقــتضى ذلك إذا كــانت مملــوكة له أما إذا كــانت

19- مسألة: (وإن صالحه أن يجرى على أرضه أو سطحه ماء معلومًا صح).

إذا صالح رجل على موضع قناة من أرضه يجرى فيها ماء وبينا موضعها وعرضها وطولها جاز، لأن ذلك بيع لموضع من أرضه فلا حاجة إلى بيان عمقه، لأنه إذا ملك الموضع كان له إلى تخومــه فله أن يترك فيه مــا شاء، وإن صالحــه على إجراء الماء فى ساقــية من أرض رب الأرض مع بقاء ملكه عليها فهو إجارة للأرض، يشترط له تقدير المدة، فإن كانت الأرض فى يد رجل بإجارة جاز له أن يصالح رجلاً على إجراء الماء فيها فى ساقية محفورة مدة لا تجاوز مدة الإجارة وإن لم تكن الساقية محفورة لم يجز أن يصالحه على ذلك، لأنه لا يجوز إحداث ساقــية فى أرض فى يده بإجــارة، فإن كانت الأرض فى يــده وقفًا عليــه، فقــال القاضى: هو

مملوكة لغيره فلا يقتضى إعتاقه إزالة ما ليس بموجود وإن تبين أن العبد مستحق تبين بطلان الصلح لفساد العوض ورجع المدعى فيما أقر له به، وإن وجد العبد معيبًا عيبًا تنقص به المنفعة فله رده وفسخ الصلح، وإن صالح على العبد بعينه صح الصلح ويكون بيعًا والحكم فيما إذا خرج مستحقًا أو ظهر به عيب كما ذكرنا.

فصل: إذا ادعى زرعًا فى يد رجل فأقر له به ثم صالحه منه على دراهم، جاز على الوجه الذى يجوز به بيع الزرع، وقد ذكرنا ذلك فى البيع وإن كان الزرع فى يد رجلين فأقر له أحدهما بنصفه ثم صالحه عليه قبل اشتداد حبه لم يجز، لأنه إن صالحه عليه بشرط البقية، أو من غير شرط القطع لم يجز، لأنه لا يجوز بيعه كذلك، وإن شرط القطع لم يجز، لأنه لا يمكنه قطعه إلا بقطع زرع الآخر، ولو كان الزرع لواحد فأقر للمدعى بنصفه ثم صالحه عنه بنصف الأرض ليصير الزرع كله للمقر والأرض بينهما نصفين، فإن شرط القطع جاز، لأن الزرع كله للمقر، فجاز شرط قطعه، ويحتمل أن لا يجوز، لأن فى الزرع ما ليس بمبيع وهو النصف الذى لم يقر به، وهو فى النصف الباقى له فلا يصح اشتراط قطعه، كما لو شرط قطع زرع آخر فى أرض أخرى، وإن صالحه منه بجميع الارض بشرط القطع، ليسلم الأرض إليه فارغة صح، لأن قطع جميع الزرع مستحق نصفه بحكم الصلح والباقى لتفريغ الأرض فأمكن القطع وإن كان إقراره بجميع الزرع فصالحه من نصفه على نصف الأرض، ليكون الأرض والزرع بينهما نصفين وشرط القطع فى الجميع احتمل الجواز، لأنهما قد شرطا قطع كل الزرع وتسليم الأرض فارغة واحتمل المنع، لأن باقى الزرع ليس بمبيع، فلا يصح شرط قطعه فى العقد.

فصل: إذا حصلت أغصان شجرته فى هواء ملك غيره، أو هواء جدار له فيه شركة، أو على نفس الجدار، لزم مالك الشجرة إزالة تلك الأغصان، إما بردها الى ناحية أخرى وإما بالقطع، لأن الهواء ملك لصاحب القرار فوجب إزالة ما يشغله من ملك غيره كالقرار، فإن امتنع المالك من إزالته لم يجبر، لأنه من غير فعله فلم يجبر على إزالته، كما إذا لم يكن

كالمستأجر، يجوز له أن يصالح على إجراء الماء فى ساقية، لأنه لا يملكها إنما يستوفى منفعتها كالأرض المستأجرة، وهذا كله مذهب الشافعى، قال شيخنا: والأولى أنه يجوز له حفر الساقية، لأن الأرض له، وله التصرف فيها كيفما شاء ما لم ينقل الملك فيها إلى غيره بخلاف المستأجر، فإنه إنما يتصرف فيها بما أذن له فيه، فكان الموقوف عليه بمنزلة المستأجر إذا أذن له فى الحفر، فإن مات الموقوف عليه فى أثناء المدة فهل لمن انتقل إليه فسخ الصلح فيما بقى من المدة، على وجهين بناء على ما إذا أجره مدة فمات فى أثناء المدة، فإن قلنا: له فسخ الصلح ففسخه رجع المصالح على ورثة الذى صالحه بقسط ما بقى من المدة، وإن قلنا: ليس له الفسخ رجع من انتقل إليه الوقف على الورثة.

مالكًا له، وإن تلف بها شيء لم يضمنه كذلك، ويحتـمل أن يجبر على إزالته ويضمن ما تلف به إذا أمر بإزالته فلم يفعل، بناء على ما إذا مال حائطه إلى ملك غيره على ما سنذكر ـ إن شاء الله تعالى ـ وعلى كلا الوجهين: إذا امتنع من إزالتـه كان لصاحب الهواء إزالته بأحد الأمرين، لأنه بمنزلة البهيمة التى تدخل داره له إخراجـها، كذا ههنا، وهذا مذهب الشافعى، فإن أمكنه إزالتهـا بلا إتلاف ولا قطع من غير مشـقة تلزمه ولا غرامـة، لم يجز له إتلافها، كـما أنه إذا أمكنه إخراج البهيمة من غير إتلاف لم يجز له إتلافـها، فإن أتلفها فى هذه الحال غرمها، وإن لم يمكنه إزالتها إلا بالإتلاف فله ذلك ولا شيء عليه، فإنه لا يلزمه إقرار مال غيره فى ملكه، فإن صالحه على إقرارها بعـوض معلوم فاختلف أصحابنا، فقال ابن حـامد وابن عقيل: يجوز ذلك رطبًا كان الغصن أو يابسًا، لأن الجهالة فى المصالح عنه لا تمنع الصحة لكونها لا تمنع التسليم، بخـلاف العوض، فإنه يـفتقر إلى الـعلم لوجوب تسليمـه، ولأن الحاجة داعـية إلى الصلح عنه لـكون ذلك يكثـر فى الأمـلاك المـتـجاورة، وفـى القطع إتلاف وضـرر والزيادة المتجـددة يعفى عنها، كالسمن الحـادث فى المستأجر للركـوب والمستأجر للغرفـة يتجدد له الأولاد والغراس الذى يستأجر له الأرض يعظم ويجفو، قال أبو الخطاب: لا تصح المصالحة عنه بحال، رطبًـا كان أو يابسًا، لأن الرطب يزيد ويتـغير واليـابس ينقص، وربما ذهب كله، وقال القـاضى: إن كان يابسًا معـتمدًا على نفس الجـدار صحت المصـالحة عنه، لأن الزيادة مأمونة فـيه، ولا يصح الصلح على غير ذلك، لأن الرطب يزيد فى كل وقت، وما لا يعـتمد على الجدار لا يصح الصلح عليـه، لأنه تبع الهواء، وهذا مذهب الشافـعى، واللائق بمذهب أحمد صحته، لأن الجهالة فى المـصالح عنه لا تمنع الصحة إذا لم يكن الى العلم به سبيل، وذلك لدعاء الحاجة اليه، وكونه لا يحتاج الى تسليم، وهذا كذلك، والهواء كالقرار فى كونه مملوكًا لصاحبه، فجاز الصلح على ما فيه كالذى فى القرار.

فـصـل: وإن صالح رجلاً على إجراء مـاء سطحه من المطر على سطحه أو فى أرضه عن أرضـه جـاز، إذا كان ما يجرى ماؤه معلومًا إما بالمشـاهدة وإما بمعرفة المساحة، لأن الماء يختلف بصغر السطح وكـبره، ولا يمكن ضبطه بغير ذلك ويشترط مـعرفة الوضع الذى يخرج منه الماء إلى السطح، لأن ذلك يختلف ولا يفتقر إلى ذكر مدة، لأن الحاجة تدعو إلى ذلك، ويجوز العـقد على المنفعـة فى موضع الحاجـة غير مـقدر بمدة كمـا فى النكاح، ولا يملك صاحب الماء مجراه، لأن هذا لا يستوفى به منافع المـجرى دائمًا، ولا فى أكثر المدة بخلاف الساقيـة، ويختلفان أيضًا فى أن الماء الذى فى السـاقية لا يحتاج إلى مـا يقدر به، لأن تقدير ذلك حصل بتـقدير الساقية، فـإنه لا يملك أن يجرى فيهـا أكثر من مثلهـا، والماء الذى على السطح يفتـقر إلى معرفة قـدر السطح، لأنه يجرى منه القليل والكثير، فـإن كان السطح الذى يجرى عليـه الماء مستـأجرًا أو عارية لم يجز أن يصـالح على إجراء الماء عليه، لأنه يـتضرر

فصل: وإن صالحه على إقرارها بجزء معلوم من ثمرها بثمرها كله، فقد نقل المروذى وإسحاق بن إبراهيم عن أحمد أنه سئل عن ذلك؟ فقال: لا أدرى، فيحتمل أن يصح، ونحوه قال مكحول، فإنه نقل عنه أنه قال: أيما شجرة ظللت على قوم فهم بالخيار بين قطع ما ظلل أو أكل ثمرها، ويحتمل أن لا يصح، وهو قول الأكثرين، وإليه ذهب الشافعى، لأن العوض مجهول، فإن الثمرة مجهولة وجزؤها مجهول، ومن شرط الصلح العلم بالعوض، ولأن المصالح عليه أيضًا مجهول، لأنه يزيد ويتغير على ما أسلفنا، ووجه الأول: أن هذا مما يكثر فى الأملاك وتدعو الحاجة إليه، وفى القطع إتلاف، فجاز مع الجهالة كالصلح على مجرى مياه الأمطار والصلح على المواريث الدارسة والحقوق المجهولة التى لا سبيل إلى عملها، ويقوى عندى أن الصلح ههنا يصح بمعنى أن كل واحد منهما يبيح صاحبه ما بذل له، فصاحب الهواء يبيح صاحب الشجرة إبقاءها ويمتنع من قطعها وإزالتها، وصاحب الشجرة يبيحه ما بذل له من ثمرتها، ولا يكون هذا بمعنى البيع، لأن البيع لا يصح بمعدوم ولا مجهول، والثمرة فى حال الصلح معدومة مجهولة ولا هو لازم، بل لكل واحد منهما الرجوع عما بذله والعود فيما قاله، لأنه مجرد إباحة من كل واحد منهما لصاحبه، فجرى مجرى قول كل واحد منهما لصاحبه: اسكن دارى واسكن دارك من غير تقدير مدة، ولا ذكر شروط الإجارة أو قوله: أبحتك الأكل من ثمرة بستانى فأبحنى الأكل من ثمرة بستانك، وكذلك قوله: دعنى أجرى فى أرضك ماء، ولك أن تسقى به ما شئت وتشرب منه ونحو ذلك فهذا مثله بالأولى، فإن هذا مما تدعو الحاجة إليه كثيرًا، وفى إلزام القطع ضرر كبير وإتلاف أموال كثيرة، وفى الترك من غير نفع يصل إلى صاحب الهواء ضرر عليه، وفيما ذكرناه جمع بين الأمرين ونظر للفريقين وهو على وفق الاصول، فكان أولى.

فصل: وكذلك الحكم فى كل ما امتد من عروق شجرة إنسان الى أرض جاره، سواء أثرت ضررًا مثل تأثيرها فى المصانع، وطى الآبار وأساس الحيطان أو منعها من ثبات شجر لصاحب الأرض أو زرع أو لم يؤثر، فإن الحكم فى قطعه والصلح عليه كالحكم فى الفروع، إلا أن العروق لا تثمر لها، فإن اتفقا على أن ما نبت من عروقها لصاحب الأرض أو جزء معلوم منه فهو كالصلح على الثمر فيما ذكرنا، فعلى قولنا إذا اصطلحا على ذلك فمضت مدة

بذلك ولم يؤذن له فيه، فلم يكن له أن يتصرف به بخلاف الماء فى الساقية المحفورة، فإن الأرض لا تتضرر به، وإن كان ماء السطح يجرى على الأرض احتمل أن لا يجوز له الصلح على ذلك، لأنه إن احتاج إلى حفر لم يجز له أن يحفر فى أرض غيره، ولأنه يجعل لغير صاحب الأرض رسمًا، فربما ادعى استحقاق ذلك على صاحبها، واحتمل الجواز إذا لم يحتج إلى حفر ولم يكن فيه مضرة، لأنه بمنزلة إجراء الماء فى ساقية محفورة ولا يجوز إلاَّ مدة لا تزيد على مدة الإجارة، كما قلنا فى إجراء الماء فى الساقية.

ثم أبى صاحب الشجرة دفع نباتها إلى صاحب الأرض فعليه أجر المثل، لأنه إنما تركه فى أرضه لهذا، فلما لم يسلمه له رجع بأجر المثل كما لو بذلها بعوض فلم يسلم له، وكذلك الحكم فيمن مال حائطه إلى هواء ملك غيره أو ذلق من أخشابه إلى ملك غيره فالحكم فيه على ما ذكرناه.

فصل: وإذا صالحه على المؤجل ببعضه حالاً لم يجز، كرهه زيد بن ثابت وابن عمر، وقال: نهى عمر أن تباع العين بالدين، وسعيد بن المسيب والقاسم وسالم والحسن والشعبى ومالك والشافعى، والثورى، وابن عيينة، وهشيم، وأبو حنيفة وإسحاق، وروى عن ابن عباس والنخعى وابن سيرين: أنه لا بأس به، وعن الحسن وابن سيرين أنهما كانا لا يريان بأسًا بالعروض أن يأخذها من حقه قبل محله، لأنهما تبايعا العروض بما فى الذمة فصح، كما لو اشتراها بثمن مثلها، ولعل ابن سيرين يحتج بأن التعجيل جائز، والإسقاط وحده جائز، فجاز الجمع بينهما كما لو فعلا ذلك من غير مواطأة عليه.

ولنا: أنه يبذل القدر الذى يحطه عوضًا عن تعجيل ما فى ذمته وبيع الحلول والتأجيل لا يجوز، كما لا يجوز أن يعطيه عشرة حالة بعشرين مؤجلة، ولأنه يبيعه عشرة بعشرين فلم يجز، كما لو كانت معيبة، ويفارق ما إذا كان عن غير مواطأة ولا عقد، لأن كل واحد منهما متبرع ببذل حقه من غير عوض، ولا يلزم من جواز ذلك جوازه فى العقد أو مع الشركة[٨] كبيع درهمين وبفارق ما إذا اشترى العروض بثمن مثلها، لأنه لم يأخذ عن الحلول عوضًا، فأما إن صالحه عن ألف حالة بنصفها مؤجلاً، فإن فعل ذلك اختيارًا منه وتبرعًا به صح الإسقاط، ولم يلزم التأجيل، لأن الحال لا يتأجل بالتأجيل على ما ذكرناه فيما مضى، والإسقاط صحيح، وإن فعله لمنعه من حقه بدونه أو شرط ذلك فى الوفاء لم يسقط شىء أيضًا، على ما ذكرناه فى أول الباب، وذكر أبو الخطاب فى هذا روايتين أصحهما: لا يصح، وما ذكرنا من التفصيل أولى إن شاء الله تعالى.

فصل: وإذا أراد أن يجرى ماء فى أرض غيره لغير ضرورة لم يجز إلاَّ بإذنه، وإن كان لضرورة مثل أن يكون له أرض للزراعة لها ماء لا طريق له إلاَّ أرض جاره، فهل له ذلك؟ على روايتين: **إحداهما**: لا يجوز، لأنه تصرف فى أرض غيره بغير إذنه فلم يجز كما لو تدع إليه ضرورة، ولأن مثل هذه الحاجة لا تبيح مال غيره بدليل أنه لا يباح له الزرع فى أرض غيره ولا البناء فيها ولا الانتفاع بشىء من منافعها المحرمة عليه بمثل الحاجة، **والأخرى**: يجوز لما روى أن الضحاك بن خليفة ساق خليجًا من العريض فأراد أن يمر به فى أرض محمد بن مسلمة فأبى فقال له الضحاك: لِمَ تمنعنى وهو منفعة لك تشربه أولاً وآخرًا ولا يضرك، فأبى محمد فكلم فيه الضحاك عمر، فدعا عمر محمد بن مسلمة، وأمره أن يخلى سبيله، فقال

---

(٨) فى هـ الشرط.

فصل: ويصح الصلح عن المجهول، سواء كان عينًا أو دينًا، إذا كان مما لا سبيل الى معرفته، قال أحمد فى الرجل يصالح على الشىء، فإن علم أنه أكثر منه لم يجز إلا أن يوقفه عليه، إلا أن يكون مجهولاً لا يدرى ما هو، ونقل عنه عبد الله إذا اختلط قفيز حنطة بقفيز شعير وطحنًا فإن عرف قيمة دقيق الحنطة ودقيق الشعير بيع هذا، وأعطى كل واحد منهما قيمة ماله إلا أن يصطلحا على شىء ويتحالا، وقال ابن أبى موسى: الصلح الجائز هو صلح الزوجة من صداقها الذى لا بينة لها به، ولا علم لها ولا للورثة بمبلغه، وكذلك الرجلان يكون بينهما المعاملة والحساب الذى قد مضى عليه الزمان الطويل لا علم لكل واحد منهما بما عليه لصاحبه، فيجوز الصلح فيهما، وكذلك من عليه حق لا علم له بقدره جاز أن يصالح عليه، وسواء كان صاحب الحق يعلم قدر حقه ولا بينة له أو لا علم له، ويقول القابض: إن كان لى عليك حق فأنت فى حل منه، ويقول الدافع: إن كنت أخذت منى أكثر من حقك فأنت منه فى حل، وقال الشافعى: لا يصح الصلح على مجهول لأنه فرع البيع ولا يصح البيع على مجهول.

ولنا: ما روى عن النبى ﷺ أنه قال فى رجلين اختصما فى مواريث درست «استهما، وتواخيا، وليحلل أحدكما صاحبه»(٩) وهذا صلح على المجهول، ولأنه إسقاط حق، فصح

محمد: لا والله، فقال عمر: لِمَ تمنع أخاك ما ينفعه؟ وهو لك نافع تشربه أولاً وآخرًا فقال محمد: لا والله، فقال عمر: والله ليمرن به ولو على بطنك، فأمره عمر أن يمر به ففعل(5)، رواه مالك فى الموطأ، وسعيد فى سننه، والأول أقيس وقول عمر يخالفه قول محمد بن مسلمة وهو موافق للأصول فكان أولى.

فصل: وإن صالح رجلاً على أن يسقى أرضه من نهر الرجل يومًا أو يومين أو من عينه وقدره بشىء يعلم به لم يجز، ذكره القاضى، لأن الماء ليس بمملوك ولا يجوز بيعه فلا يجوز الصلح عليه، ولأنه مجهول، قال: وإن صالحه على سهم من العين أو النهر كالثلث والربع جاز وكان بيعًا للقرار، والماء تابع له، ويحتمل أن يجوز الصلح على السقى من نهره وقناته، لأن الحاجة تدعو إلى ذلك، والماء مما يجوز أخذ العوض عنه فى الجملة، بدليل ما لو أخذه فى قربته، والصلح يجوز على ما لا يجوز بيعه بدليل الصلح عن دم العمد والصلح على المجهول.

20- مسألة: (ويجوز أن يشترى ممرًا فى دار وموضعًا فى حائطه يفتحه بابًا، وبقعة يحفرها بئرًا) لأن هذه الأماكن يجوز بيعها وإجارتها فجاز الاعتياض عنها كالدور.

---

(٩) أخرجه أبو داود (٣/ ح ٣٥٨٤) وأحمد فى مسنده (٦/ ٣٢٠) والبيهقى فى السنن (٦/ ٦٦) والحاكم (٤/ ٩٥) وانظر الإرواء (١٤٢٣) وهو حديث حسن.

(5) أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٧٤٦/ ٣٣).

فى المجهول كالعتاق والطلاق، ولأنه إذا صح الصلح مع العلم، وإمكان أداء الحق بعينه، فلأن يصح مع الجهل أولى، وذلك لأنه إذا كان معلومًا فلهما طريق إلى التخلص، وبراءة أحدهما من صاحبه بدونه، ومع الجهل لا يمكن ذلك، فلو لم يجر الصلح أفضى إلى ضياع المال على تقدير أن يكون بينهما مال لا يعرف كل واحد منهما قدر حقه منه، ولا نسلم كونه بيعًا ولا فرع بيع، وإنما هو إبراء، وإن سلمنا كونه بيعًا فإنه يصح فى المجهول عند الحاجة، بدليل بيع أساسات الحيطان وطى الآبار وما مأكوله فى جوفه، ولو أتلف رجل صبرة طعام لا يعلم قدرها، فقال صاحب الطعام لم تلفه: بعتك الطعام الذى فى ذمتك بهذه الدراهم، أو بهذا الثوب صح، إذا ثبت هذا فإن كان العوض فى الصلح مما لا يحتاج إلى تسليمه، ولا سبيل إلى معرفته كالمختصين فى مواريث دراسة وحقوق سالفة أو عين من المال لا يعلم كل واحد منهما قدر حقه منها صح الصلح مع الجهالة من الجانبين لما ذكرناه من الخبر والمعنى، وإن كان مما يحتاج إلى تسليمه لم يجز مع الجهالة، ولا بد من كونه معلومًا لأن تسليمه واجب الجهالة تمنع التسليم وتفضى إلى التنازع فلا يحصل مقصود الصلح.

21- مسألة: (ويجوز أن يشترى علو بيت يبنى عليه بنيانًا موصوفًا) إذا كان البيت مبنيًا لما ذكرناه **(فإن كان البيت غير مبنى لم يجز فى أحد الوجهين)** ذكره القاضى، وأصحاب الشافعى، لأنه مبيع للهواء دون القرار، **والثانى**: يجوز، لأنه ملك للمصالح فجاز له أخذ عوضه كالقرار، وإنما يجوز بشرط أن يصف العلو والسفل بما يعلم به لأن من شرط صحة البيع العلم بالمبيع.

22- مسألة: (وإن حصل فى هوائه أغصان شجرة غيره فطالبه بإزالتها فله ذلك فإن أبى فله قطعها).

وجملة ذلك أنه إذا حصلت أغصان شجرته فى هواء ملك غيره أو هواء جدار له فيه شركة لزم مالك الشجرة إزالة تلك الأغصان إما بردها إلى ناحية أخرى وإما بالقطع، لأن الهواء ملك لصاحب القرار، فوجب إزالة ما يشغله من ملك غيره كالقرار، فإن امتنع المالك من إزالته لم يجبر، لأنه من غير فعله فلم يجبر على إزالته كما لو لم يكن ملكه، وإن تلف بها شىء لم يضمنه لذلك، ويحتمل أن يجبر على إزالته ويضمن ما تلف به إذا أمر بإزالته فلم يفعل بناء على ما إذا مال حائطه إلى ملك غيره على ما نذكره ـ إن شاء الله تعالى ـ وعلى كلا الوجهين إذا امتنع من إزالته كان لصاحب الهواء إزالته بأحد الأمرين، لأنه بمنزلة البهيمة التى تدخل داره له إخراجها كذا ههنا، وهذا مذهب الشافعى، فإن أمكنه إزالته بلا إتلاف ولا قطع من غير مشقة تلزمه ولا غرامة لم يجز له إتلافها، كما أنه إذا أمكنه إخراج البهيمة من غير إتلاف لم يجز له إتلافها، فإن أتلفها فى هذه الحال غرمها، وإن لم يمكنه إزالتها إلاَّ بالإتلاف فله ذلك ولا شىء عليه، فإنه لا يلزمه إقرار مال غيره فى ملكه.

فصل: فأما ما يمكنهما معرفته، كتركة موجودة، أو يعلمه الذى هو عليه ويجهله صاحبه، فلا يصح الصلح عليه مع الجهل، قال أحمد: إن صولحت امرأة من ثمنها لم يصح، واحتج بقول شريح: أيما امرأة صولحت من ثمنها لم يتبين لها ما ترك زوجها، فهى الريبة كلها، قال: وإن ورث قوم مالاً ودوراً وغير ذلك فقالوا لبعضهم: نخرجك من الميراث بألف درهم: أكره ذلك، ولا يشترى منها شيء، وهى لا تعلم لعلها تظن أنه قليل وهو يعلم أنه كثير، ولا يشترى حتى تعرفه وتعلم ما هو، وإنما يصالح الرجل الرجل على الشيء لا يعرفه، ولا يدرى ما هو حساب بينهما فيصالحه، أو يكون رجل يعلم ما له على رجل والآخر لا يعلمه فيصالحه، فأما إذا علم فلم يصالحه إنما يريد أن يهضم حقه ويذهب به، وذلك لأن الصلح إنما جاز مع الجهالة للحاجة إليه لإبراء الذمم وإزالة الخصام، فمع إمكان العلم لا حاجة إلى الصلح مع الجهالة، فلم يصح كالبيع.

فصل: ويصح الصلح عن كل ما يجوز أخذ العوض عنه سواء كان مما يجوز بيعه أو لا يجوز، فيصح عن دم العمد وسكنى الدار وعيب المبيع، ومتى صالح عما يوجب القصاص بأكثر من ديته أو أقل جاز، وقد روى الحسن والحسين وسعيد بن العاص بذلوا الذى وجب له القصاص على هُدْبَةَ بن خَشْرمٍ(١٠) سبع ديات، فأبى أن يقبلها، ولأن المال غير متعين، فلا يقع العوض فى مقابلته، فأما إن صالح عن قتل الخطأ بأكثر من ديته من جنسها لم يجز، وكذلك لو أتلف عبداً أو شيئًا غيره، فصالح عنه بأكثر من قيمته من جنسها لم يجز، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: لأنه يأخذ عوضًا عن المتلف، فجاز أن يأخذ أكثر من قيمته كما لو باعه بذلك.

23- **مسألة: (فإن صالحه عن ذلك بعوض لم يجز)** اختلف أصحابنا فى ذلك فقال أبو الخطاب: لا تصح المصالحة عن ذلك بحال رطبًا كان الغصن أو يابسًا، أن الرطب يزيد ويتغير واليابس ينقص وربما ذهب كله، وقال ابن حامد وابن عقيل: يجوز ذلك رطبًا كان الغصن أو يابسًا، لأن الجهالة فى المصالح عنه لا تمنع الصحة لكونها لا تمنع التسليم بخلاف العوض فإنه يفتقر إلى العلم لوجوب تسليمه، ولأن الحاجة داعية إلى ذلك لكون ذلك يكثر فى الأملاك المتجاورة، وفى القطع إتلاف وضرر، والزيادة المتجددة يعفى عنها كالسمن الحادث فى المستأجر للركوب، والمستأجر للغرفة يتجدد له أولاد والغراس المستأجر له الأرض يعظم ويجفو وقال القاضى: إن كان يابسًا معتمداً على نفس الجدار صحت المصالحة عنه، ولأن الزيادة مأمونة فيه ولا يصح الصلح على غير ذلك، لأن الرطب يزيد فى كل وقت، وما لا يعتمد على الجدار لا يصح الصلح عليه، لأنه تبع الهواء، وهذا مذهب

---

(١٠) هو هدبة بن خشرم بن كرز، من بادية الحجاز، شاعر فصيح مرتجل، وكان راوية الحطيئة، قتل رجلاً من بنى رقاش، قُتل نحو سنة خمسين للهجرة. انظر الأعلام (٩/ ٦٩).

ولنا: أن الدية والقيمة ثبتت فى الذمة مقدرة، فلم يجز أن يصالح عنها بأكثر منها من جنسها، كالثابتة عن قرض أو ثمن مبيع، ولأنه إذا أخذ أكثر منها فقد أخذ حقه وزيادة لا مقابل لها، فيكون أكل مال بالباطل، فأما إن صالحه على غير جنسها بأكثر قيمة منها جاز، لأنه بيع، ويجوز أن يشترى الشىء بأكثر من قيمته أو أقل.

فصل: ولو صالح عن المائة الثابتة فى الذمة بالإتلاف بمائة مؤجلة لم يجز، وكانت حالة، وبهذا قال الشافعى، وعن أحمد: يجوز، وهو قول أبى حنيفة، لأنه عاوض عن المتلف بمائة مؤجلة فجاز، كما لو باعه إياه.

ولنا: أنه إنما يستحق عليه قيمة المتلف وهو مائة حالة، والحال لا يتأجل بالتأجيل، وإن جعلناه بيعًا فهو بيع دين بدين، وبيع الدين بالدين غير جائز.

فصل: ولو صالح عن القصاص بعبد فخرج مستحقًا رجع بقيمته فى قولهم جميعًا، وإن خرج حرًا فكذلك، وبه قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة: يرجع بالدية، لأن الصلح فاسد، فرجع ببذل ما صالح عنه وهو الدية.

ولنا: أنه تعذر تسليم ما جعله عوضًا فرجع فى قيمته كما لو خرج مستحقًا.

فصل: ولو صالح عن دار أو عبد بعوض فوجد العوض مستحقًا أو حرًا رجع فى الدار وما صالح عنه، أو بقيمته إن كان تالفًا، لأن الصلح ههنا بيع فى الحقيقة، فإذا تبين أن العوض كان مستحقًا أو حرًا كان البيع فاسدًا، فرجع فيما كان له، بخلاف الصلح عن القصاص، فإنه ليس بيع، وإنما يأخذ عوضًا عن إسقاط القصاص، ولو اشترى شيئًا فوجده معيبًا فصالحه عنه(١١) بعبد فبان مستحقًا أو حرًا رجع بأرش العيب، ولو كان البائع امرأة فزوجته نفسها عوضًا عن أرش العيب فزال العيب، رجعت بأرشه لا بمهر المثل، لأنها رضيت ذلك مهرًا لها.

الشافعى، قال شيخنا: واللائق بمذهب أحمد صحته، لأن الجهالة فى المصالح عنه لا تمنع الصحة إذا لم يكن إلى العلم به سبيل وذلك لدعاء الحاجة إليه وكونه لا يحتاج إلى تسليم وهذا كذلك، والهواء كالقرار فى كونه ملكًا لصاحبه فجاز الصلح على ما فيه كالذى فى القرار.

24- مسألة: (وإن اتفقا على أن الثمرة له أو بينهما جاز ولم يلزم).

وجملة ذلك أنه إذا صالحه عن ذلك بجزء من الثمرة أو بالثمرة كلها فقد نقل المروذى وإسحاق بن إبراهيم عن أحمد أنه سئل عن ذلك فقال: لا أدرى، فيحتمل أن يصح، ونحوه قال مكحول، فإنه نقل عنه أنه قال: أيما شجرة ظللت على قوم فهم بالخيار بين قطع ما ظلل أو أكل ثمرها، ويحتمل أن لا يصح، وهو قول الأكثر، وبه قال الشافعى، لأن العوض

---

(١١) فى هـ «عن عيبه».

فصل: ولو صالحه عن القصاص بحر يعلمان حريته أو عبد يعلمان أنه مستحق أو تصالحا بذلك عن غير القصاص رجع بالدية وبما صالح عنه، لأن الصلح ههنا باطل يعلمان بطلانه، فكان وجوده كعدمه.

فصل: إذا صالح رجلاً على موضع قناة من أرضه يجرى فيها ماء وبينا موضعها وعرضها وطولها جاز، لأن ذلك بيع موضوع من أرضه، ولا حاجة إلى بيان عمقه، لأنه إذا ملك الموضع كان له إلى تخومه، فله أن يترك فيه ما شاء، وإن صالحه على إجراء الماء فى ساقية من أرض رب الأرض مع بقاء ملكه عليها، فهذا إجارة للأرض فيشترط تقدير المدة، لأن هذا شأن الإجارة، فإن كانت الارض فى يد رجل بإجارة جاز له أن يصالح رجلاً على إجراء الماء فيها فى ساقية محفورة مدة لا تتجاوز مدة إجارته، وإن لم تكن الساقية محفورة لم يجز أن يصالحه على ذلك لأنه لا يجوز إحداث ساقية فى أرض فى يده بإجارة، فأما إن كانت الأرض فى يده وقفًا عليه فقال القاضى: هو كالمستأجر له أن يصالح على إجراء الماء فى ساقية محفورة فى مدة معلومة، وليس له أن يحفر فيها ساقية، لأنه لا يملكها إنما يستوفى منفعتها كالأرض المستأجرة سواء، وهذا كله مذهب الشافعى، والأولى: أنه يجوز له حفر الساقية، لأن الأرض له، وله التصرف فيها كيفما شاء ما لم ينقل الملك فيها إلى غيره، بخلاف المستأجر، فإنه إنما يتصرف فيها بما أذن له فيه فكان الموقوف عليه بمنزلة المستأجر إذا أذن له فى الحفر، فإن مات الموقوف عليه فى أثناء المدة، فهل لمن انتقل إليه فسخ الصلح فيما بقى من المدة؟ على وجهين، بناء على ما إذا آجره مدة فمات فى أثنائها، فإن قلنا: له فسخ الصلح ففسخه رجع المصالح على ورثة الذى صالحه بقسط ما بقى من المدة، وإن قلنا: ليس له الفسخ رجع من انتقل إليه الوقف على الورثة.

فصل: وإن صالح رجلاً على إجراء ماء سطحه من المطر على سطحه، أو فى أرضه عن سطحه، أو فى أرضه عن أرضه جاز، إذا كان ما يجرى ماء معلومًا إما بالمشاهدة وإما بمعرفة

مجهول فإن الثمرة مجهولة وجزؤها مجهول، ومن شرط الصلح العلم بالعوض، ولأن المصالح عليه أيضًا مجهول، لأنه يزيد ويتغير على ما أسلفناه، ووجه الأول أن هذا مما يكثر فى الأملاك وتدعو الحاجة إليه، وفى القطع إتلاف فجاز مع الجهالة كالصلح على مجرى مياه الأمطار وعلى المواريث الدارسة والحقوق المجهولة التى لا سبيل إلى علمها.

قال شيخنا: ويقوى عندى أن الصلح هنا يصح بمعنى أن كل واحد منهما يبيح صاحبه ما بذل له فصاحب الهواء يبيح صاحب الشجرة إبقاءها ويمتنع من قطعها وإزالتها وصاحب الشجرة يبيحه ما بذل له من ثمرتها ولا يكون هذا بمعنى البيع، لأن البيع لا يصح بمعدوم ولا مجهول والثمرة فى حال الصلح معدومة مجهولة ولا هو لازم بل لكل واحد منها الرجوع عما بذله والعود فيما قاله، لأنه مجرد إباحة من كل واحد منهما لصاحبه، فجرى مجرى قول كل

المساحة، لأن الماء يختلف بصغر السطح وكبره، ولا يمكن ضبطه بغير ذلك، ويشترط معرفة الموضع الذى يجرى منه الماء الى السطح، لأن ذلك يختلف ولا يفتقر إلى ذكر مدة، لأن الحاجة تدعو إلى هذا، ويجوز العقد على المنفعة فى موضع الحاجة غير مقدر كما فى النكاح، ولا يملك صاحب الماء مجراه، لأن هذا لا يستوفى به منافع المجرى، ولا المدة، فى أكثر المدة، بخلاف الساقية، ويختلفان فى أن الماء الذى فى الساقية لا يحتاج إلى ما يقدر به، لأن تقدير ذلك حصل بتقدير الساقية، فإنه لا يملك أن يجرى فيها أكثر من مائها، والماء الذى على السطح يحتاج الى معرفة مقدار السطح، لأنه يجرى منه القليل والكثير، وإن كان السطح الذى يجرى عليه الماء مستأجرًا أو عارية مع إنسان لم يجز أن يصالح على إجراء الماء عليه، لأنه يتضرر بذلك، ولم يؤذن له فيه، فلم يكن له أن يتصرف به بخلاف الماء فى الساقية المحفورة، فإن الأرض لا تتضرر به، وإن كان ماء السطح يجرى على أرض احتمل أن لا يجوز له الصلح على ذلك، لأنه إن احتاج الى حفر لم يجز له أن يحفر أرض غيره، ولأنه يجعل لغير صاحب الأرض رسمًا، فربما ادعى استحقاق ذلك على صاحبها، واحتمل الجواز إذا لم يحتج إلى حفر ولم تكن فيه مضرة، لأنه بمنزلة إجراء الماء فى ساقية محفورة، ولا يجوز إلا مدة لا تزيد على مدة إجارته، كما قلنا فى إجراء الماء فى الساقية، والله أعلم.

فصل: وإذا أراد أن يجرى ماء فى ارض غيره لغير ضرورة لم يجز إلا بإذنه، وإن كان لضرورة، مثل أن يكون له أرض للزراعة لها ماء لا طريق له إلا أرض جاره، فهل له ذلك؟

واحد منهما لصاحبه اسكن دارى وأسكن دارك من غير تقدير مدة ولا ذكر شروط الإجارة، أو قوله أبحتك الأكل من ثمرة بستانى فأبحنى الأكل من ثمرة بستانك، وكذلك قوله دعنى أجرى فى أرضك ماء ولك أن تسقى به ما شئت وتشرب منه ونحو ذلك فهذا مثله بل أولى فإن هذا مما تدعو الحاجة إليه كثيرًا وفى إلزام القطع ضرر كثير وإتلاف أموال كثيرة وفى الترك من غير نفع يصل صاحب الهواء ضرر عليه، وفيما ذكرناه جمع بين الأمرين ونظر للفريقين وهو على وفق الأصول فكان أولى.

فصل: وكذلك الحكم فيما امتد من عروق شجر إنسان إلى أرض جاره سواء أثرت ضررًا مثل تأثيرها فى المصانع وطى الآبار وأساس الحيطان، أو منعها من نبات شجر لصاحب الأرض أو زرع أو لم تؤثر، فإن الحكم فى قطعه والصلح عنه كالحكم فى الفروع إلا أن العروق لا ثمر لها، فإن اتفقا على أن ما ينبت من عروقها لصاحب الأرض أو جزء معلوم منه فهو كالصلح على الثمرة فيما ذكرنا، فعلى قولنا إذا اصطلحا على ذلك فمضت مدة ثم أبى صاحب الشجرة دفع نباتها إلى صاحب الأرض فعليه أجر المثل، لأنه إنما تركه فى أرضه لهذا فلما لم يسلم له رجع بأجر المثل، كما لو بذلها بعوض لم يسلم له، وكذلك فيمن مال حائطه إلى هواء ملك غيره أو زلف من أخشابه إلى ملك غيره فالحكم فيه على ما ذكرنا.

على روايتين: **إحداهما**: لأنه تصرف في أرض غيره بغير إذنه فلم يجز، كما لو لم تدع إليه ضرورة لأن مثل هذه الحاجة لا يبيح مال غيره، بدليل أنه لا يباح الزرع في أرض غيره ولا البناء فيها ولا الانتفاع بشيء من منافعها المحرمة عليه قبل هذه الحاجة، **والأخرى**: يجوز لما روى أن الضحاك بن خليفة ساق خليجًا من العُرَيْض[١٢] فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة فأبى فقال له الضحاك لم تمنعني وهو منفعة لك، تشربه أولاً وآخرًا، ولا يضرك؟ فأبى محمد، فكلم فيه الضحاك عمر فدعا عمر محمد بن مسلمة وأمره أن يخلي سبيله، فقال محمد: لا والله، فقال له: لم تمنع أخاك ما ينفعه، وهو لك نافع، تشربه أولاً وآخرًا؟ فقال محمد: لا والله، فقال عمر: والله ليمرن به ولو على بطنك، فأمره عمر أن يمر به ففعل[١٣]، رواه مالك في موطئه وسعيد في سننه، والأول أقيس، وقول عمر يخالفه قول محمد بن مسلمة، وهو موافق للأصول، فكان أولى.

فصل: وإن صالح رجلاً على أن يسقى أرضه من نهر الرجل يومًا أو يومين أو من عينه، وقدره بشيء يعلم به فقال القاضي: لا يجوز، لأن الماء ليس بمملوك، ولا يجوز بيعه، فلا يجوز الصلح عليه، ولأنه مجهول، قال: وإن صالحه على سهم من العين أو النهر، كالثلث أو الربع جاز، وكان بيعًا للقرار، والماء تابع له، ويحتمل أن يجوز الصلح على السقى من نهره وقناته، لأن الحاجة تدعو الى ذلك والماء مما يجوز أخذ العوض عنه في الجملة، بدليل ما لو أخذه في قربته أو إنائه ويجوز الصلح على ما لا يجوز بيعه: بدليل الصلح عن دم العمد وأشباهه، والصلح على المجهول.

25- مسألة: (ولا يجوز أن يشرع إلى طريق نافذ جناحًا ولا ساباطًا ولا دكانًا).

الجناح هو الروشن يكون على أطراف خشبة مدفونة في الحائط وأطرافها خارجة إلى الطريق لا يجوز إخراجه سواء كان يضر بالمارة في العادة أو لا يضر ولا يجوز أن يجعل عليها ساباطًا بطريق الأولى وهو المستوفى لهواء الطريق كله على جدارين سواء كان الجداران ملكه أو لم يكونا، أذن الإمام في ذلك أو لم يأذن، وقال ابن عقيل: إن لم يكن فيه ضرر جاز بإذن الإمام فجرى إذنه مجرى إذن المشتركين في الدرب الذي ليس بنافذ، وقال أبو حنيفة: يجوز من ذلك ما لا ضرر فيه، وإن عارضه رجل من المسلمين وجب قلعه، وقال مالك والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو يوسف ومحمد: يجوز إذا لم يضر بالمارة ولا يملك أحد منعه، لأنه ارتفق بما لم يتعين ملك أحد فيه من غير مضرة فأشبه المشي في الطريق والجلوس فيها واختلفوا في الذي لا يضر ما هو؟ فقال بعضهم: إن كان في شارع تمر فيه الجيوش فيكون بحيث إذا سار فيه الفارس ورمحه منصوب لا يبلغه، وقال أكثرهم لا يقدر بذلك بل يكون بحيث لا يضر بالعماريات والمحامل.

---

(١٢) هو وادٍ بالمدينة له ذكر في المغازي. معجم البلدان (٤/ ١١٤)

(١٣) أخرجه مالك في الموطأ (٢/ ٧٤٦/ ٣٣).

فـصل: ولا يصح الصلح على ما لا يجـوز أخذ العوض عنه، مثل أن يصالح امرأة لتقر بالزوجية، لأنه صلح يحل حرامًا، ولأنها لو أرادت بذلك نفسها بعوض لم يجز، وإن دفعت إليه عوضًا عن هذه الدعوى ليكف عنها ففيه وجهان:

أحـدهمـا: لا يجوز، لأن الصلح فى الإنكار إنما يكون فى حق المنكر لافـتداء اليمين، وهذه لا يمين عليـها، وفى حق المدعى يأخذ العوض فى مـقابلة حقه الذى يدعـيه، وخروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له، وإنما أجيز الخلع للحاجة إلى افتداء نفسها.

والثـــانى: يصح، ذكره أبو الخطاب وابن عقيل، لأن المدعى يأخـذ عوضًا عن حقه من النكاح، فجاز كعوض الخلع، والمرأة تبذله لقطع خصومته وإزالة شره، وربما توجهت اليمين عليها لكون الحاكم يرى ذلك، ولأنها مشروعة فى حـقها فى إحدى الروايتين، ومتى صالحته على ذلك ثبتت الزوجية بإقرارها أو ببـينة، فإن قلنا: الصلح باطل فالنكاح باق بحاله، لأنه لم يوجد من الزوج طلاق ولا خلع، وإن قلنا: ظهـو صحيح احتمل ذلك أيضًـا، ولذلك احتمل أن تبين منه بأخـذ العوض، لأنه أخذ العوض عـما يستحقـه من نكاحها فكان خلعًـا، كما لو أقرت له بالزوجيـة فخالعها، ولو ادعت أن زوجهـا طلقها ثلاثًا فصالحـها على مال لتنزل عن دعواها لم يجز، لأنه لا يجوز لها بذل نفسها لمطلقـها بعوض ولا بغيره، وإن دفعت إليه مالاً ليقر بطلاقها لم يـجز فى أحد الوجهين، وفى الآخر: يجوز، كما لو بذلت لـه عوضًا ليطلقها ثلاثًا.

فـصل: وإن ادَّعى على رجل أنه عبده فأنكره فصالحه على مال ليقر له بالعبودية لم يجز، لأنه يحل حـرامًا، فإن إرقاق الحر نفسه لا يحل بعوض ولا بغيره، وإن دفع إليه المدعى عليه مالاً صـلحًا عن دعـواه صح، لأنه يجوز أن يعـتق عبـده بمال، ويشـرع للدافع لدفع اليمـين الواجبة عليه والخصومـة المتوجهة إليه، ولو ادعى على رجل ألفًا فأنكره، فدع إليـه شيئًا ليقر له بلاألف لم يصح، فإن أقر لزمه ما أقر به ويـرد ما أخذه، لأنه تبين بإقراره كذبه فى إنكاره، وأن الألف عليه فـيلزمه أداؤه بغيـر عوض، ولا يحل له أخذ العـوض عن أداء الواجب عليه، وإن دفع إليه المنكر مالاً صلحًا عن دعواه صح، وقد مضى ذكره.

ولنا: أنه بنى فى ملك غيره بغير إذنه فلم يجـز كبناء الدكة أو بناء ذلك فى درب غير نافذ بغير إذن أهله، ويفارق المرور فى الطريق فإنها جعلت لذلك ولا مضرة فيه والجلوس لا يدوم ولا يمكن التحرز منه ولا نسلم أنه لا مـضرة فيه فإنه يظلم الطريق وربمـا سقط على المارة أو سقط مـنه شيء، وقد تعلو الأرض بمـرور الزمان فيـصدم رءوس الناس ويمنـع مرور الدواب بالأحمال ويقطع الطريق إلاً على الماشى، وقد رأينا مثل هذا كثيرًا، وما يفضى إلى الضرر فى ثانى الحال يجب المنع منه فى ابتدائه، كما لو أراد بناء حـائط مائل إلى الطريق يخشى وقوعه على من يمر فيها.

فصل: ولو صالح شاهداً على أن لا يشهد عليه لم يصح، لأنه لا يخلو من ثلاثة أحوال: أحدها: أن يصالحه على أن لا يشهد عليه بحق تلزم الشهادة به كدين آدمى أو حق لله تعالى لا يسقط بالشبهة كالزكاة ونحوها، فلا يجوز كتمانه ولا يجوز أخذ العوض عن ذلك، كما لا يجوز أخذ العوض على شرب الخمر وترك الصلاة، الثانى: أن يصالحه على أن لا يشهد عليه بالزور، فهذا يجب عليه ترك ذلك ويحرم عليه فعله، فلا يجوز أخذ العوض عنه كما لا يجوز أن يصالحه على أن لا يقتله ولا يغصب ماله، الثالث: أن يصالحه على أن لا يشهد عليه بما يوجب حدّاً كالزنا والسرقة فلا يجوز أخذ العوض عنه، لأن ذلك ليس بحق له، فلم يجز له أخذ عوضه كسائر ما ليس بحق له، ولو صالح السارق والزانى والشارب بمال على أن لا يرفعه إلى السلطان لم يصح الصلح لذلك، ولم يجز له أخذ العوض، وإن صالحه عن حد القذف لم يصح الصلح، لأنه إن كان لله تعالى لم يكن له أن يأخذ عوضه، لكونه ليس بحق له، فأشبه حد الزنا والسرقة، وإن كان حقّاً له لم يجز الاعتياض عنه لكونه حقّاً ليس بمالى، ولهذا لا يسقط إلى بدل بخلاف القصاص، ولأنه شرع لتنزيه العرض فلا يجوز أن يتعاض عن عرضه بمال، وهل يسقط الحد بالصلح؟ فيه وجهان مبنيان على الخلاف فى كونه حقّاً لله تعالى أو حقّاً لآدمى، فإن كان حقّاً لله تعالى لم يسقط بصلح الآدمى ولا إسقاطه، كحد الزنا والسرقة وإن كان حقًا لآدمى سقط بصلحه وإسقاطه، مثل القصاص فإن صالح عن حق الشفعة لم يصح الصلح، لأنه حق شرع على خلاف الأصل لدفع ضرر الشركة فإذا رضى بالتزام الضرر سقط الحق من غير بدل كحد القذف، إلا أن يسقط ههنا وجهًا واحدًا، لكونه حقّاً لآدمى.

ولنا: على أبى حنيفة أنه بنى فى حق مشترك لو منع منه بعض أهله لم يجز فلم يجز بغير إذنهم كما لو أخرجه إلى هواء دار مشتركة، وذلك لأن حق الآدمى لا يجوز لغيره التصرف فيه بغير إذنه وإن كان ساكنًا، كما لا يجوز إذا منع، فأما الدكان فلا يجوز بناؤه فى الطريق بغير خلاف علمناه سواء كان الطريق واسعًا أو لا، وسواء أذن فيه الإمام أو لم يأذن، لأنه بناء فى ملك غيره بغير إذنه، ولأنه يؤذى المارة ويضيق عليهم ويعثر به العاثر، أشبه ما لو كان الطريق ضيقًا.

فصل: ولا يجوز إخراج الميازيب إلى الطريق الأعظم ولا إلى درب غير نافذ إلا بإذن أهله، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعى: يجوز إخراجه إلى الطريق الأعظم، لأن عمر اجتاز على دار العباس وقد نصب ميزابًا إلى الطريق فقلعه، فقال العباس: تقلعه وقد نصبه رسول الله ﷺ بيده؟ فقال والله لا نصبته إلا على ظهرى، وانحنى حتى صعد على ظهره فنصبه(6) وما

---

(6) أخرجه البيهقى فى السنن (٦/ ٦٦) والحاكم (٣/ ٣٣١) وقال: والشيخان ﵄ لم يحتجا بعبد الرحمن ابن زيد بن أسلم.

فصل: ولا يجوز أن يشرع إلى طريق نافذ جناحًا، وهو الرَّوْشن(١٤) يكون على أطراف خشبة مدفونة فى الحائط وأطرافها خارجة فى الطريق سواء كان ذلك يضر فى العادة بالمارة أو لا يضر، ولا يجوز أن يحمل عليها ساباطًا(١٥) بطريق الأول، وهو المستوفى لهواء الطريق كله على حائطين، سواء كان الحائطان ملكه أو لم يكونا، وسواء أذن الإمام فى ذلك أو لم يأذن وقال ابن عقيل: إن لم يكن فيه ضرر جاز بإذن الإمام، لأنه نائبهم، فجرى إذنه مجرى إذن المشتركين فى الدرب الذى ليس بنافذ، وقال أبو حنيفة: يجوز من ذلك ما لا ضرر فيه، وإن عارضه رجل من المسلمين وجب قلعه، وقال مالك والشافعى والأوزاعى وإسحاق وأبو يوسف ومحمد: يجوز ذلك إذا لم يضر بالمارة، ولا يملك أحد منعه، لأنه ارتفق بما لم يتعين ملك أحد فيه من غير مضرة، فكان جائزًا كالمشى فى الطريق والجلوس فيها، واختلفوا فيما لا يضر فقال بعضهم: إن كان فى شارع تمر فيه الجيوش والأحمال، فيكون بحيث إذا سار فيه الفارس ورمحه منصوب لا يبلغه، وقال أكثرهم: لا يقدر بذلك، بل يكون بحيث لا يضر بالعَمَّارِيَّات(١٦) والمحامل.

ولنا: أنه بناء فى ملك بغير إذنه فلم يجز، كبناء الدكة أو بناء ذلك فى درب غير نافذ بغير إذن أهله، ويفارق المرور فى الطريق، فإنها جعلت لذلك، ولا مضرة فيه والجلوس لا يدوم ولا يمكن التحرز منه ولا نسلم أنه لا مضرة فيه، فإنه يظلم الطريق ويسد الضوء، وربما سقط على المارة أو سقط منه شىء، وقد تعلو الأرض بمرور الزمان فيصدم رءوس الناس، ويمنع مرور الدواب بالأحمال، ويقطع الطريق إلا على الماشى، وقد رأينا مثل هذا كثيرًا، وما يفضى إلى الضرر فى ثانى الحال يجب المنع منه فى ابتدائه، كما لو أراد بناء حائط مائل إلى الطريق

فعله رسول الله ﷺ فلغيره فعله ما لم يقم دليل على اختصاصه به، ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك ولا يمكنه رد مائه إلى الدار، ولأن الناس يعملون ذلك فى جميع بلاد الإسلام من غير نكير.

ولنا: أن هذا تصرفٌ فى هواء مشترك بينه وبين غيره بغيره إذنه فلم يجز كما لو كان الطريق غير نافذ، ولأنه يضر بالطريق وأهلها فلم يجز كبناء دكة فيها أو جناح يضر بأهلها ولا يخفى ما فيه من الضرر فإن ماءه يقع على المارة، وربما جرى فيه البول أو ماء نجس فينجسهم ويزلق الطريق ويجعل فيها الطين، والحديث قضية فى عين فيحتمل أنه كان فى درب غير نافذ أو تجددت الطريق بعد نصبه، ويحتمل أن يجوز ذلك، لأن الحاجة داعية إليه والعادة جارية به مع ما فيه من الخبر المذكور.

---

(١٤) الروشن: الرَّفُّ، قال أبو عمرو: الرفيف، الروشن والروشن: الكوَّة. اللسان (١٣/ ١٨١)

(١٥) ساباطًا: وهى سقيفة بين حائطين تحتها ممر نافذ.

(١٦) العماريات: هو هودج يحمل على الدابة.

يخشى وقوعه على من يمر فيها، وعلى أبى حنيفة: أنه بناء فى حق مشترك لو منع منه بعض أهله لم يجز فلم يجز بغير إذنهم كما لو أخرجه إلى هواء دار مشتركة، وذلك لأن حق الآدمى لا يجوز لغيره التصرف فيه بغير إذنه، وإن كان ساكنًا كما لا يجوز إذا منع منه.

فصل: ولا يجوز أن يبنى فى الطريق دكانًا بغير خلاف نعلمه، سواء كان الطريق واسعًا أو غير واسع، سواء أذن الإمام فيه أو لم يأذن، لأنه بناء فى ملك غيره بغير إذنه، ولأنه يؤذى المار ويضيق عليهم ويعثر به العاثر، فلم يجز كما لو كان الطريق ضيقًا.

فصل: ولا يجوز أن يبنى دكانًا ولا يحرج روشنًا ولا ساباطًا على درب غير نافذ إلا بإذن أهله، وبهذا قال الشافعى إذا لم يكن له فى الدرب باب، وإن كان له فى الدرب باب فقد اختلف أصحابه، فمنهم من منعه أيضًا، ومنهم من أجاز له إخراج الجناح والساباط، لأن له فى الدرب استطراقًا، فملك ذلك كما يملكه فى الدرب النافذ.

ولنا: أنه بناء فى هواء ملك قوم معينين، أشبه ما لو لم يكن له فيه باب، ولا نسلم الأصل الذى قاسوا عليه، فأما إن أهل الدرب فيه جاز، لأن الحق لهم، فجاز بإذنهم كما لو كان المالك واحدًا، وإن صالح أهل الدرب من ذلك على عوض معلوم جاز، وقال القاضى وأصحاب الشافعى: لا يجوز، لأنه بيع للهواء دون القرار.

ولنا: أنه يبنى فيه بإذنهم فجاز، كما لو أذنوا له بغير عوض، ولأنه ملك لهم فجاز لهم أخذ عوضه كالقرار، إذا ثبت هذا فإنما يجوز بشرط كون ما يخرجه معلوم المقدار فى الخروج والعلو وهكذا الحكم فيما إذا أخرجه الى ملك إنسان معين لا يجوز بغير إذنه، ويجوز بإذنه بعوض وبغيره إذا كان معلوم المقدار، والله أعلم.

فصل: ولا يجوز أن يحفر فى الطريق النافذة بئرًا لنفسه، سواء جعلها لماء المطر أو ليستخرج منها ما ينتفع به ولا غير ذلك، لما ذكرناه من قبل، وإن أراد حفرها للمسلمين ونفعهم أو لنفع الطريق، مثل أن يحفرها ليستقى الناس من مائها ويشرب منه المارة، أو لينزل فيها ماء المطر عن الطريق نظرنا، فإن كان الطريق ضيقًا أو يحفرها فى ممر الناس بحيث

26- مسألة: (ولا يجوز أن يفعل ذلك فى ملك إنسان أو درب غير نافذ إلا بإذن أهله).

أما فى ملك الإنسان فلا يجوز بغير إذنه، لأنه تصرف فى ملك الغير فلم يجز بغير إذنه فلا يجوز ذلك فى الدرب، وبه قال الشافعى فى الجناح والساباط إذا لم يكن له فى الدرب باب، وإن كان له فى الدرب باب فقد اختلف أصحابه فمنهم من منعه أيضًا ومنهم من أجاز له إخراج الجناح والساباط، لأن له فى الدرب استطراقًا فملك ذلك كما يملكه فى الدرب النافذ.

ولنا أنه بناء فى هواء ملك قوم معينين أشبه إذا لم يكن له فيه باب ولا نسلم الأصل الذى قاسوا عليه فإن أذن أهل الدرب فيه جاز، لأن الحق لهم فجاز بإذنهم كما لو كان لمالك واحد.

يخاف سقوط إنســان فيها أو دابة أو يضيق عليهم ممرهم لم يجــز ذلك، لأن ضررها أكثر من نفعها، وإن حفرها فى زاوية فى طريق واسع وجعل عليها ما يمنع الوقوع فيها جاز، لأن ذلك نفع بلا ضرر فجاز كتمهيدها وبناء رصيف فيــها، فأما ما فعله فى درب غير نافذ فلا يجوز إلا بإذن أهله، لأن هذا ملك لقوم معينين فلم يجز فعل ذلك بغـير إذنهم، كما لو فعله فى بستان إنسان، ولو صالح أهل الدرب عن ذلك بعوض جاز، سواء حفرها لنفسه فينزل فيها ماء المطر عن داره أو ليستقى منهــا ماءً لنفسه أو حفرها للسبـيل ونفع الطريق، وكذلك إن فعل ذلك فى ملك إنسان معين.

فــصل: ولا يجوز إخراج المـيازيب إلى الطريق الأعظم، ولا يجوز إخـراجها إلى درب نافـذ إلا بإذن أهله، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعى يجوز إخراجه إلى الطريق الأعظم، لأن عمر ﷺ اجـتاز على دار العباس ـ وقـد نصب ميزابًا إلى(*) الطريق فقلعه ـ فـقال العباس: تقلعه وقد نصبـه رسول الله ﷺ بيده؟ فقال: والله لا نصبتـه إلا على ظهرى، وانحنى حتى صعد على ظهــره فنصبه(١٧)، وما فعله رسول الله ﷺ فلغـيره فعله، ما لم يقم دليل على اختصاصه به، ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك ولا يمكنه رد مائه إلى الدار، ولأن الناس يعملون ذلك فى جميع بلاد الإسلام من غير نكير.

27- مسألة: (وإن صالح عن ذلك بعوض جاز فى أحد الوجهين).

وقال القــاضى وأصحاب الشافـعى: لا يجوز فى الجناح والسـاباط، لأنه بيع للهواء دون القرار.

ولنا أنه يبنى فيه بإذنهم فجاز كما لو أذنوا له بغير عوض، ولأنه ملك لهم فجاز لهم أخذ عوض كالـقرار، إذا ثبت هذا فإنما يجـوز بشرط كون ما يخـرجه معلوم المقـدار فى الخروج والعلو وهكذا الحكم فيما إذا أخرجه إلى ملك إنسان مـعين يجوز بإذنه بعوض وبغيره إذا كان معلوم المقدار.

فـــصل: ولا يجوز أن يحفـر فى الطريق النافذة بئرًا لنفسه سواء جـعلها لماء المطر أو ليسـتخرج منهــا ماء ينتـفع به، ولا غير ذلك لمــا ذكرنا من قبل، وإن أراد حـفره للمـسلمين ونفعهم أو لنفع الطريق مثل أن يحفرها ليسقى الناس من مائها ويشرب منه المارة أو لينزل فيها ماء المطر عن الطريـق نظرنا، فإن كان الطريق ضـيقًا أو كـانت فى ممر الناس بحـيث يخاف سقوط إنسان فيـها أو دابة أو يضيق عليهم ممرهم لم يجز، لأن ضررها أكـثر من نفعها، وإن حفرها فـى زاوية من طريق واسع وجعل عليها مــا يمنع الوقوع فيهــا جاز، لأن ذلك يقع بلا

(*) فى هـ على.

(١٧) أخرجه البيهقى فى السنن (٦/ ٦٦) والحاكم (٣/ ٣٣١) وقال والشيخان ﷺ لم يحتجا بعبد الرحمن ابن زيد بن أسلم.

ولنا: أن هذا تصرف فى هواء مشترك بينه وبين غيره بغير إذنه فلم يجز، كما لو كان الطريق غير نافذ، ولأنه يضر بالطريق وأهلها فلم يجز كبناء دكة فيها أو جناح يضر بأهلها، ولا يخفى ما فيه من الضرر، فإن ماءه يقع على المارة وربما جرى فيه البول أو ماء نجس فينجسهم ويزلق الطريق ويجعل فيها الطين، والحديث قضية فى عين، فيحتمل أنه كان فى درب غير نافذ، أو تجددت الطريق بعد نصبه ويحتمل أن يجوز ذلك، لأن الحاجة داعية إليه والعادة جارية به مع ما فيه من الخبر المذكور.

فصل: ولا يجوز أن يفتح فى الحائط المشترك طاقًا ولا بابًا إلا بإذن شريكه، لأن ذلك انتفاع بملك غيره وتصرف فيه بما يضر به، ولا يجوز أن يغرز فيه وتدًا ولا يُحْدِثَ عليه حائطًا ولا يستره، ولا يتصرف فيه نوع تصرف، لأنه تصرف الحائط بما يَضُرُّ به فلم يجز كنقضه، ولا يجوز له فعل شىء من ذلك فى حائط جاره بطريق الأولى، لأنه إذا لم يجز فيما له فيه حق، ففيما لا حق له فيه أولى، وإن صالحه عن ذلك بعوض جاز، وأما الاستناد إليه وإسناد شىء لا يضره إليه فلا بأس به، لأنه لا مضرة فيه ولا يمكن التحرز منه، أشبه الاستظلال به.

فصل: فأما وضع خشبة عليه فإن كان يضر بالحائط لضعفه عن حمله لم يجز بغير خلاف نعلمه، لما ذكرنا ولقول رسول الله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»(١٨) وإن كان لا يضر به إلا أن به غنية عن وضع خشبة عليه لإمكان وضعه على غيره، فقال أكثر أصحابنا: لا يجوز أيضًا، وهو قول الشافعى وأبى ثور، ولأنه انتفاع بملك غيره بغير إذنه من غير حاجة فلم يجز، كبناء حائط عليه، وأشار ابن عقيل إلى جوازه، لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا يمنع أحدكم جاره أن يضع خشبة على جداره»(١٩) متفق عليه، ولأن ما أبيح للحاجة

ضرر فجاز كتمهيدها وبناء رصيف فيها، فأما ما فعله فى درب غير نافذ فلا يجوز بغير إذن أهله، لأن هذا ملك لقوم معينين فلم يجز فعل ذلك بغير إذنهم كما لو فعله فى بستان إنسان، ولو صالح أهل الدرب عن ذلك بعوض جاز، سواء حفرها لنفسه لينزل فيها ماء المطر عن داره أو ليستقى منها ماءً لنفسه أو حفرها للسبيل ونفع الطريق، وكذلك إن فعل ذلك فى ملك إنسان معين.

28- مسألة: (وإذا كان ظهر داره فى درب غير نافذ ففتح فيه بابًا لغير الاستطراق جاز).

لأن له رفع جميع حائطه فبعضه أولى، قال ابن عقيل: ويحتمل أن لا يجوز، لأن شكل

---

(١٨) سيأتى برقم (٢٦) مفصلاً.

(١٩) أخرجه البخارى (٥/ ح ٢٤٦٣/ فتح) ومسلم (٣/ مساقاة/ ١٣٦/ ١٢٣٠) من حديث أبى هريرة بلفظ «لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبة فى جداره» وأبو داود (٣/ ح ٣٦٣٤) بلفظ: «إذا استأذن أحدكم أخاه أن يغرز خشبة فى جداره فلا يمنعه» وابن ماجه (٢/ ح ٢٣٣٧) بلفظ «يغرز» وابن عبد البر فى التمهيد (١٠/ ٢١٥) والبيهقى فى السنن (٦/ ٦٨، ١٥٧) وأحمد فى مسنده (٣/ ٤٨٠).

العامة لم يعتبر فيــه حقيقة الحاجة، كأخذ الشقص بالشفعة مــن المشترى، والفسخ بالخيار أو بالعيب واتخاذ الكلب للصـيد وإباحة السلم ورخص السفر وغير ذلك، فـأما إن دعت الحاجة إلى وضعه على حائط جاره أو الحائط المشترك بحيث لا يمكنه التسقيف بدونه، فإنه يجوز له وضعه بغـير إذن الشريك، وبهذا قال الشـافعى فى القديم، وقال فى الجـديد: ليس له وضعه وهو قول أبى حنيفة ومالك، لأنه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة، فلم يجز كزراعته.

ولنا: الخـبر، ولأنه انتـفـاع بحائط جـاره على وجـه لا يضر به، أشـبـه الاستناد إليـه والاستظلال به، ويفارق الزرع، فـإنه يضر ولم تدع إليه حاجة، إذا ثبت هذا فاشـترط القاضى وأبو الخطاب للجـواز أن يكون له ثلاثة حـيطان ولجـاره حائط واحـد، وليس هذا فى كـلام أحمد، إنما قال فى رواية أبى داود: لا يمنعه إذا لـم يكن ضرر وكان الحائط يبقى، ولأنه قد يمتنع التسقيف على حـائطين إذا كانا غير متقابلين، أو كان البيت واسـعًا يحتاج إلى أن يعمل عليه جسرًا ثم يضع الخشب على ذلك الجسر، والأولى اعتبـاره بما ذكرنا من اعتبار التسقيف بدونه، ولا فرق فيما ذكرنا بين البالغ واليتيم والمجنون والعاقل لما ذكرنا، والله أعلم.

فـــــصـل: فأمـا وضعه فى جـدار المسجد إذا وجـد الشرطان فعن أحـمد فيـه روايتان: إحـداهمـا: الجواز، لأنه إذا جاز فى ملك الجار مع أن حقـه مبنى على الشح والضيق، ففى حقوق الله تعالى المبنية على المسامحة والمساهلة أولى، والثانية: لا يجوز، نقلها أبو طالب، لأن القياس يقتضى المنع فى حق الكل ترك فى حق الجار للخبر الوارد فيه، فوجب البقاء فى غيره على مقـتضى القياس، وهذا اختيار أبى بكر، وخـرج أبو الخطاب من هذه الرواية وجهًا

الباب مع تقـادم العهد ربمـا استدل به على حق الاستطراق فيضـر بأهل الدرب بخلاف رفع الحائط فإنه لا يدل على شيء.

29- مـسألة: (وإن فتحه للاستطراق لم يجز بغير إذنهم).

لأنه ليس لهم حق فى الدرب الذى هو ملك غيره، وفيه وجه آخر أنه يجوز، لأن له رفع جميعـه. والأول أولى، لأن الدرب لا حق له فيه فلم يجز أن يجعل له فـيه حق استطراق فإن صالحهم جاز، لأن الحق لهم فأشبه دورهم إذا صالحهم على شيء منها.

فـصل: وإن كان ظهر داره إلى زقاق نافذ ففتح فى حائطه بابًا إليه جاز، لأنه يرتفق بما لم يتعين ملك أحد عليه، **فإن قـيل:** هذا فيه إضرار بأهل الدرب، لأنه يجعله نافذًا يستطرق إليه من الشارع، **قلنا:** لا يصير الدرب نافذًا وإنما تصير داره نافذة وليس لأحد استطراق داره.

30- مـسألة: (ولو كان بابه فى آخر الدرب ملك نقله إلى أوله ولم يملك نقله إلى داخل منه فى أحد الوجهين).

لأنه إذا نقل بابه إلى مـا يلى باب الـدرب فقـد ترك بعض حـقـه ومـتى أراد رد بابه إلى موضعـه الأول كان له، لأن حقه لم يسـقط، فأما إن أراد نقل بابه إلى تلقـاء صدر الزقاق لم

للمنع من وضع الخشب فى ملك الجار، لأنه إذا امتنع من وضع الخشب فى الجدار المشترك بين المسلمين وللواضع فيه حق، فلأن يمنع من المختص بغيره أولى، ولأنه إذا منع فى حق الله تعالى مع أن حقه على المسامحة والمساهلة لغنى الله تعالى وكرمه فلأن يمنع فى حق آدمى مع شحه وضيقه أولى، والمذهب الأول، **فإن قيل:** فلم لا تجيزون فتح الطاق والباب فى الحائط بالقياس على وضع الخشب؟ **قلنا:** لأن الخشب يمسك الحائط وينفعه، بخلاف الطاق والباب، فإنه يضعف الحائط، لأنه يبقى مفتوحًا فى الحائط، والذى يفتحه للخشبة يسده بها، ولأن وضع الخشب تدعو الحاجة إليه بخلاف غيره.

فصل: ومن ملك وضع خشبة على حائط فزال بسقوطه أو قلعه أو سقوط الحائط ثم أعيد فله إعادة خشبه، لأن السبب المجوز لوضعه مستمر فاستمر استحقاق ذلك، وإن زال السبب، مثل أن يخشى على الحائط من وضعه عليه أو استغنى عن وضعه لم تجز إعادته، لزوال السبب المبيح، وإن خيف سقوط الحائط بعد وضعه عليه أو استغنى عن وضعه لزم إزالته، لأنه يضر بالملك ويزول الخشب، وإن لم يخف عليه لكن استغنى عن إبقائه عليه لم يلزم إزالته، لأن فى إزالته ضررًا بصاحبه ولا ضرر على صاحب الحائط فى إبقائه، بخلاف ما لو خشى سقوطه.

فصل: ولو كان له وضع خشبه على جدار غيره لم يملك إعارته ولا إجارته، لأنه إنما كان له ذلك لحاجته الماسة الى وضع خشبه، ولا حاجة له إلى وضع خشب غيره فلم يملكه، وكذلك لا يملك بيع حقه من وضع خشبه ولا المصالحة عنه للممالك ولا لغيره، لأنه أبيح له من حق غيره لحاجته، فلم يجز له ذلك فيه كطعام غيره إذا أبيح له من أجل الضرورة، ولو أراد صاحب الحائط إعارة الحائط أو إجارته على وجه يمنع هذا المستحق من وضع خشبه لم

يكن له ذلك، نص عليه أحمد، لأنه يقدم بابه إلى موضع لا استطراق له فيه، وفيه وجه آخر أنه لا يجوز، لأنه كان له أن يجعل بابه فى أول البناء فى أى موضع شاء فتركه فى موضع لا يسقط حقه كما أن تحويله بعد فتحه لا يسقطه، ولأن له أن يرفع حائطه كله فلم يمنع من رفع بعضه والأول أولى، لأنه لا يلزم من جواز رفع الحائط جواز الاستطراق كالمسألة التى قبلها.

فصل: وإن كان فى الدرب بابان لرجلين أحدهما قريب من باب الزقاق والآخر فى داخله فأراد صاحب الداخل أن يحول بابه فله تحويله حيث شاء، لأنه لا منازع له فيما يجاوز الباب الأول، إذا قلنا: إن صاحب القريب ليس له أن يقدمه إلى داخل الدرب، وإن قلنا: له تقديمه جاز لكل واحد منهما، فإن كان فى داخل الدرب باب لثالث فحكم الأوسط حكم الأول فيما ذكرناه.

فصل: إذا كان لرجل داران متلاصقتان ظهر كل واحدة منهما إلى ظهر الأخرى وباب كل واحدة منهما إلى درب غير نافذ فرفع الحاجز بينهما وجعلهما دارًا واحدة جاز، لأنه تصرف

يملك ذلك، لأنه وسيلة إلى منع ذى الحق من حقه، فلم يملكه كمنعه، ولو أراد هدم الحائط لغير حاجة لم يملك ذلك، لما فيه من تفويت الحق، وإن احتاج إلى هدمه للخوف من انهدامه أو لتحويله إلى مكان آخر أو لغرض صحيح ملك ذلك، لأن صاحب الخشب إنما يثبت حقه للإرفاق به مشروطًا بعدم الضرر بصاحب الحائط، فمتى أفضى إلى الضرر زال الاستحقاق لزوال شرطه.

فصل: وإذا أذن صاحب الحائط لجاره فى البناء على حائطه أو وضع سترة عليه، أو وضع خشبه عليه فى الموضع الذى لا يستحق وضعه جاز، فإذا فعل ما أذن له فيه صارت العارية لازمة، فإذا رجع المعير فيها لم يكن له ذلك، ولم يلزم المستعير إزالة ما فعله، لأن إذنه اقتضى البقاء والدوام، وفى القلع إضرار به، فلا يملك ذلك المعير، كما لو أعاره أرضًا للدفن والغراس لم يملك المطالبة بنقل الميت والغراس بغير ضمان، وإن أراد هدم الحائط لغير حاجة لم يكن له ذلك، لأن المستعير قد استحق تبقية الخشب عليه ولا ضرر فى تبقيته، وإن كان مستهدمًا فله نقضه، وله على صاحب البناء والخشب إزالته، وإذا أعيد الحائط لم يملك المستعير رد بنائه وخشبه إلا بإذن جديد سواء بناه بآلته أو غيرها، وهكذا لو قلع المستعير خشبًا أو سقط بنفسه لم يكن له رده إلا بإذن مستأنف، لأن المنع من القلع إنما كان لما فيه من الضرر، وههنا قد حصل القلع بغير فعله، فأشبه ما لو كان فى الأرض شجر فانقلع، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى، وقالوا فى الآخر: له ذلك، لأنه قد استحق بقاء ذلك على التأبيد، وليس كذلك، فإنه إنما استحق الإبقاء ضرورة دفع ضرر القلع، وقد حصل القلع ههنا، فلا يبقى الاستحقاق وإن قلع صاحب الحائط ذلك عدوانًا كان للآخر إعادته لأنه أزيل بغير حق تعديًا ممن عليه الحق فلم يسقط الحق عنه بعدوانه، وإن أزاله أجنبى لم يملك صاحبه إعادته بغير إذن المالك، لأنه زال بغير عدوان منه، فأشبه ما لو سقط بنفسه.

فى ملكه المختص، وإن فتح من كل واحدة منهما بابًا إلى الأخرى ليتمكن إلى التطرق من كل واحدة منهما إلى كلا الدربين فقال القاضى: لا يجوز، لأن ذلك يثبت الاستطراق فى الدرب الذى لا ينفذ من دار لم يكن لها فيه طريق، ولأنه ربما أدى إلى إثبات الشفعة فى قول من يثبتها بالطريق لكل واحدة من الدارين فى زقاق الأخرى، ويحتمل جواز ذلك، لأن له رفع الحاجز جميعه فبعضه أولى، قال شيخنا: وهذا أشبه، وما ذكرناه للمنع ينتقض بما إذا رفع الحائط جميعه، وفى كل موضع قلنا ليس له فعله إذا صالحه أهل الدرب جاز وكذلك إن أذنوا له بغير عوض.

فصل: إذا تنازع صاحبا البابين فى الدرب ولم يكن فيه باب لغيرهما ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يحكم بالدرب من أوله إلى الباب الذى يليه بينهما، لأن لهما الاستطراق فيه جميعًا وما بعده إلى صدر الدرب للآخر، لأن الاستطراق فى ذلك له وحده فله اليد والتصرف

فصل: وإن أذن له فى وضع خشبه أو البناء على جداره بعوض جاز، سواء كان إجارة فى مدة معلومة أو صلحًا على وضعه على التأبيد، ومتى زال فله إعادته، سواء زال لسقوطه أو سقوط الحائط أو غير ذلك، لأنه استحق إبقاءه بعوض ويحتاج الى أن يكون البناء معلوم العرض والطول والسمك والآلات من الطين واللبن والآجر وما أشبه ذلك، لأن هذا كله يختلف فيحتاج إلى معرفته، وإذا سقط الحائط الذى عليه البناء أو الخشب فى أثناء مدة الإجارة سقوطًا لا يعود انفسخت الإجارة فيما بقى من المدة، ورجع من الأجرة بقسط ما بقى من المدة، وإن أعيد رجع من الأجرة بقدر المدة التى سقط البناء والخشب عنه، وإن صالحه مالك الحائط على رفع بنائه أو خشبه بشىء معلوم جاز، كما يجوز الصلح على وضعه، سواء كان ما صالحه به مثل العوض الذى صولح به على وضعه أو أقل أكثر، لأن هذا عوض عن المنفعة المستحقة له، وكذلك لو كان له مسيل ماء فى أرض غيره أو ميزاب أو غيره فصالح صاحب الأرض مستحق ذلك بعوض ليزيله عنه جاز وإن كان الخشب أو الحائط قد سقط فصالحه بشىء على أن لا يعيده جاز، لأنه لما جاز أن يبيع ذلك منه جاز أن يصالحه عنه، لأن الصلح بيع.

فصل: وإذا وجد بناؤه أو خشبه على حائط مشترك أو حائط جاره ولم يعلم سببه، فمتى زال فله إعادته، لأن الظاهر أن هذا الوضع بحق من صلح أو غيره، فلا يزول هذا الظاهر حتى يعلم خلافه، وكذلك لو وجد مسيل مائه فى أرض غيره أو مجرى ماء سطحه على سطح غيره وما أشبه هذا، فهو له، لأن الظاهر أنه له بحق فجرى ذلك مجرى اليد الثابتة، وإذا اختلفا فى ذلك، هل هو بحق أو بعدوان؟ فالقول قول صاحب الخشب والبناء والمسيل مع يمينه، لأن الظاهر معه.

والثانى: أن من أوله إلى أقصى حائط الأول بينهما، لأن ما يقابل ذلك فلهما التصرف فيه بناء على أن للأول أن يفتح بابه فيما شاء من حائطه، والباقى للثانى، لأنه ليس بفناء للأول ولا له فيه استطراق، **والثالث:** يكون بينهما، لأن لهم يدًا وتصرفًا، وهكذا الحكم فيما إذا كان لرجل علو خان ولآخر سفله وصاحب العلو درجة فى أثناء صحن الخان فاختلفا فى الصحن فالذى من الدرجة إلى باب الخان بينهما، وما زاد على ذلك إلى صدر الخان على الوجهين، فإن كانت الدرجة فى صدر الصحن فالصحن بينهما لوجود اليد والتصرف منهما جميعًا، فعلى الوجه الذى يقول: إن صدر الدرب مختص بصاحب الباب الصدرانى، له أن يستبد بما يختص به منه بأن يجعله دهليزًا لنفسه أو يدخله فى داره على وجه لا يضر بجاره، ولا يضع على حائطه شيئًا، لأن ذلك ملك له ينفرد به.

31- مسألة: (وليس له أن يفتح فى حائط جاره ولا الحائط المشترك روزنة ولا طاقًا بغير إذن صاحبه).

فـصل: إذا ادعى رجل داراً فى يد أخوين فأنكره أحدهما، وأقر له الآخر ثم صالحه عما أقر له بعوض صح الصلح، ولأخيه الأخذ بالشفـعة، ويحتمل أن يفرق بين ما إذا كان الإنكار مطلقًا وبين ما إذا قال: هذا لنا ورثـناها جميعًا عن أبينا أو أخينا فيـقال: إذا كان الإنكار مطلقًا كان له الأخذ بالشفعة، وإن قـال: ورثناها عن أبينا فلا شفعة له، لأن المنكر يزعم أن الملك لأخيه المقـر لم يزل وأن الصلح باطل فيؤاخذ بذلك ولا يستحق به شـفعة، ووجه الأول: أن الملك ثبت للمدعى حكمًا، وقد رجع إلى المقر بالبيع، وهو معترف بأنه بيع صحيح، فتثبت فيه الشفعة، كما لو كان الإنكار مطلقًـا، ويجوز أن يكون انتقل نصيب المقر إلى المدعى ببيع أو هبة أو سبب من الأسـباب، فلا يتنافى إنكار المنكر وإقرار المقـر، كحالة إطلاق الإنكار، وهذا أصح.

٨١٩- مـسـألة: قال: **(وإذا تداعى نفسان جداراً معقـوداً ببناء كل واحد منهما تحالفا، وكان بينهـما، وكذلك إن كان مـحلولاً من بنائهما، وإن كان مـعقوداً ببناء أحدهمـا كان له مع يمينه)**.

وجملة ذلك: أن الرجلين إذا تداعيا حائطًا بين ملكيهما، وتساويا فى كونه معقودًا ببنائهما معًا، وهو أن يكون مـتصلاً بهما اتصـالاً بهما اتصالاً لا يمكن إحداثه بعـد بناء الحائط، مثل اتصال البناء بالطين، كهذه الفطائر التى لا يمكن إحداث اتصـال بعضها ببعض، أو تساويا فى كونه محلولاً من بنائهما أو غير متصل ببنائهمـا الاتصال المذكور بل بينهما شق مستطيل، كما يكون بين الحائطين اللذين ألصق أحدهما بالآخر فهـما سواء فى الدعوى، فإن لم يكن لواحد منهما بينة تحالفـا، فيحلف كل واحد منهما على نصف الحائط: أنه له ويجعل بيـنهما نصفين، لأن كل واحد منهمـا يده على نصف الحائط لكون الحائط فى أيديهـما، وإن حلف كل واحد منهما عـلى جميع الحائط: إنه له ومـا هو لصاحبه جاز، وهـو بينهما، وبهذا قال أبـو حنيفة

لأن ذلك انتفاع بملك غيـره وتصرف فيه بما يضره، وكذلك لا يجـوز أن يغرز فيه وتدًا، ولا يحدث عليه حائطًا ولا سـترة، ولا يتصرف فيه بنوع تصرف، لأنه يضر بحـائط غيره فهو كنقصه، وإن صالحه على ذلك بعوض جاز، فـأما الاستناد إليه وإسناد شىء لا يضره فلا بأس به، لكونه لا مضرة فيه ولا يمكن التحرز منه أشبه الاستظلال به.

32- مـسـألة: **(وليـس له وضـع خشـبة علـيه إلا عـند الضـرورة بأن لا يمكنه التسقيف إلا به)**.

أما وضع خـشبه عليه لا يجـوز إذا كان يضر بالحـائط، لا نعلم فيه خلافًـا، لقول النبى ﷺ: «لا ضـرر ولا ضرار» وإن كـان لا يضر به إلاَّ أن به عنـه غنًى، لإمكان وضعـه على غيره، فـقال أكثر أصحابنا: لا يـجوز أيضًا، وهو قول الشافعـى وأبى ثور، لأنه انتفاع بملك غيره بغير إذنه من غير ضرورة فلم يجز كبناء حائط عليه، واختار ابن عقيل جوازه لما روى أبو

والشافعى وأبو ثور وابن المنذر ولا أعلم فيه مخالفًا، وذلك لأن المختلفين فى العين إذا لم يكن لواحد منهما بينة فالقول قول من هى فى يده مع يمينه، فإذا كانت فى أيديهما كانت يد كل واحد منهما على نصفها، فيكون القول قوله فى نصفها مع يمينه، وإن كان لأحدهما بينة حكم له بها، وإن كان لكل واحد منهما بينة تعارضتا وصارا كمن لا بينة لهما، فإن لم يكن لهما بينة ونكلا عن اليمين كان الحائط فى أيديهما على ما كان، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضى على الناكل فكان الكل للآخر، وإن كان الحائط متصلاً ببناء أحدهما دون الآخر فهو له مع يمينه، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى، وقال أبو ثور: لا يرجع بالعقد، ولا ينظر إليه.

ولنا: أن الظاهر أن هذا البناء بنى كله بناء واحدًا فإذا كان بعضه لرجل، كان بقيته له والبناء الآخر المحلول الظاهر أنه بنى وحده، فإنه لو بنى مع هذا كان متصلاً به، فالظاهر أنه لغير صاحب هذا الحائط المختلف فيه، فوجب أن يرجح بهذا كاليد والأزَج(٢٠)، **فإن قيل**: فلم لم تجعلوه له بغير يمين لذلك؟ **قلنا**: لأن ذلك ظاهر، وليس بيقين، إذ يحتمل أن يكون أحدهما بنى الحائط لصاحبه تبرعًا مع حائطه، أو كان له فوهبه إياه، أو بناه بأجرة، فشرعت اليمين من أجل الاحتمال، كما شرعت فى حق صاحب اليد وسائر من وجبت عليه اليمين، فأما إن كان معقودًا ببناء أحدهما عقدًا يمكن إحداثه مثل البناء باللبن والآجر فإنه يمكن أن ينزع من الحائط المبنى نصف لبنة أو آجرة، أو يجعل مكانها لبنة صحيحة أو آجرة صحيحة تعقد بين الحائطين، فقال القاضى: لا يرجح بهذا الاحتمال أن يكون صاحب الحائط فعل هذا

هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا يمنع أحدكم جاره أن يضع خشبه على جداره»(7) متفق عليه، ولأن ما أبيح للحاجة العامة لم يعتبر فيه حقيقة الحاجة كالشفعة والفسخ بالخيار أو بالعيب واتخاذ الكلب للصيد وإباحة السلم ورخص السفر وغير ذلك، فأما إن دعت الحاجة إلى وضعه على جدار جاره أو الحائط المشترك بحيث لا يمكنه التسقيف إلا به، فإنه يجوز وضعه بغير إذن الشريك، وهو قول الشافعى فى القديم، وقال فى الجديد: ليس له وضعه، وهو قول أبى حنيفة ومالك، لأنه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة فلم يجز كزراعته.

ولنا: الخبر وأنه انتفاع بحائط جاره على وجه لا يضر به أشبه الاستناد إليه والاستظلال به، ويفارق الزرع فإنه يضر ولم تدع إليه حاجة، إذا ثبت هذا فاشترط القاضى وأبو الخطاب للجواز أن يكون له حائط واحد ولجاره ثلاثة حوائط، وليس هذا فى كلام أحمد، إنما قال فى رواية أبى داود: لا يمنعه إذا لم يكن فيه ضرر وكان الحائط يبقى، ولأنه قد يمتنع التسقيف

---

(٢٠) **الأزَج**:- هو نوع من الأبنية.

(7) أخرجه البخارى (٥/ ح ٢٤٦٣/ فتح) ومسلم (٣/ مساقاة/ ١٣٦/ ١٢٣٠) من حديث أبى هريرة، بلفظ «لا بمنع أحدكما جاره أن يغرز خشبة فى جداره».

ليتملك الحائط المشترك، وظاهر كلام الخرقى أنه يرجح بهذا الاتصال، كما يرجح بالاتصال الذى لا يمكن أحداثه، لأن الظاهر أن صاحب الحائط لا يدع غيره يتصرف فيه بنزع آجره وتغيير بنائه وفعل ما يدل على ملكه، فوجب أن يرجح بهذا، كما يرجح باليد، فإنه يمكن أن تكون يدًا عادية حدثت بالغصب أو بالسرقة أو العارية أو الإجارة فلم يمنع ذلك الترجيح بها.

فصل: فإن كان لأحدهما عليه بناء كحائط مبنى عليه، أو عقد معتمد عليه، أو قبة ونحوها فهو له، وبهذا قال الشافعى، لأن وضع بنائه بمنزلة اليد الثابتة عليه، لكونه منتفعًا به، فجرى مجرى كون حمله على البهيمة وزرعه فى الأرض، ولأن الظاهر: أن الإنسان لا يترك غيره يبنى على حائطه، وكذلك إن كانت له عليه سترة، ولو كان فى أصل الحائط خشبة طرفها تحت حائط ينفرد به أحدهما، أو له عليها أزج معقود، فالحائط المختلف فيه له، لأن الظاهر أن الخشبة لمن ينفرد بوضع بنائه عليها، فيكون الظاهر أن ما عليها من البناء له.

فصل: فإن كان لأحدهما خشب موضوع، فقال أصحابنا: لا تترجح دعواه بذلك، وهو قول الشافعى، لأن هذا مما يسمح به الجار، وقد ورد الخبر بالنهى عن المنع منه، وعندنا أنه حق يجب التمكين منه فلم ترجح به الدعوى كإسناد متاعه إليه وتجصيصه وتزويقه، ويحتمل أن ترجح به الدعوى، وهو قول مالك، لأنه منتفع به بوضع ماله عليه، فأشبه البانى عليه والزارع فى الأرض، وورود الشرع بالنهى عن المنع منه لا يمنع كونه دليلاً على الاستحقاق، بدليل أنَّا استدللنا بوضعه على كون الوضع مستحقًا على الدوام حتى متى زال جازت إعادته، ولأن كونه مستحقًا تشترط له الحاجة إلى وضعه، ففيما لا حاجة إليه له منعه من وضعه، وأما السماح به فإن أكثر الناس لا يتسامحون به، ولهذا لما روى أبو هريرة الحديث عن النبى

على حائطين إذا كانا غير متقابلين، أو كان البيت واسعًا يحتاج إلى أن يجعل عليه جسرًا ثم يضع الخشب على ذلك الجسر، فقال شيخنا: والأولى اعتباره بما ذكرنا من امتناع التسقيف بدونه، ولا فرق فيما ذكرنا بين البالغ واليتيم والعاقل والمجنون ما ذكرنا.

33- مسألة: (وعنه ليس له وضع خشبه على جدار المسجد، وهذا تنبيه على أنه لا يضعه على جدار جاره).

اختلفت الرواية عن أحمد فى وضع خشبه على جدار المسجد مع وجود الشرطين فعنه الجواز، لأنه إذا جاز وضعه فى ملك الجار مع أن حقه مبنى على الشح والضيق ففى حقوق الله تعالى المبنية على المسامحة أولى، وعنه لا يجوز، نقلها عنه أبو طالب، لأن القياس يقتضى المنع فى حق الكل، ترك فى حق الجار للخبر الوارد فيه، فوجب البقاء فى غيره على مقتضى القياس، اختاره أبو بكر، وخرج أبو الخطاب من هذه الرواية وجهًا للمنع من وضع الخشب فى ملك الجار، لأنه إذا منع من وضع الخشب فى الجدار المشترك بين المسلمين وللواضع فيه حق، فلأن يمنع من الملك المختص بغيره أولى، ولأنه إذا منع فى حق الله

عليه الصلاة والسلام طأطئوا رءوسهم كراهة لذلك، فقال: ما لى أراكم عنها معرضين؟ والله لأرمين بها بين أكتافكم[(٢١)]، وأكثر الفقهاء لا يوجبون التمكين من هذا، ويحملون الحديث على كراهة المنع لا على تحريمه، ولأن الحائط يبنى لذلك؟ فيرجح به كالأزج، وقال أصحاب أبى حنيفة: لا ترجح الدعوى بالجذع الواحد لأن الحائط لا يبنى له، ويرجح بالجذعين، لأن الحائط يبنى لهما.

ولنا: أنه موضوع على الحائط، فاستوى فى ترجيح الدعوى به قليله وكثيره كالبناء.

فصل: ولا ترجع الدعوى بكون الدواخل إلى أحدهما والخوارج ووجوه الآجر والحجارة، ولا كون الآجرة الصحيحة مما يلى ملك أحدهما وأقطاع الآجر إلى ملك الآخر، ولا بمعاقد القمط فى الخص، يعنى عقد الخيوط التى يشد بها الخص، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى، وقال أبو يوسف ومحمد: يحكم به لمن إليه وجه الحائط ومعاقد القمط، لما روى نمر بن حارثة التميمى[(*)] عن أبيه «أن قومًا اختصموا إلى النبى عليه الصلاة والسلام فى خص، فبعث حذيفة بن اليمان ليحكم بينهم، فحكم به لمن يليه معاقد القمط، ثم رجع إلى النبى عليه الصلاة والسلام فأخبره فقال: «أصبت وأحسنت»[(٢٢)] رواه ابن ماجه، وروى نحوه عن على، ولأن العرف جارٍ بأن من بنى حائطًا جعل وجه الحائط إليه.

ولنا: عموم قوله عليه الصلاة والسلام: «البينة على المدعى واليمين على من أنكر»[(٢٣)] ولأن وجه

تعالى مع أنه مبنى على المسامحة لغنى الله تعالى وكرمه، فلأن يمنع فى حق الآدمى مع شحه وضيقه أولى، والمذهب الأول، **فإن قيل:** فلم لا تجيزون فتح الطاق والباب فى الحائط قياسًا على وضع الخشب؟ **قلنا:** الخشب يمسك الحائط وينفعه، بخلاف الطاق والباب فإنه يضعف الحائط، لأنه يبقى مفتوحًا، والذى يفتحه للخشبة يسده بها، ولأن وضع الخشب تدعو إليه الحاجة دون غيره.

---

(٢١) تقدم برقم (١٩).

(*) الصحيح: نمران بن جارية التميمى، كما هو فى السنن لابن ماجه والدارقطنى وسيأتى فى الحديث.

(٢٢) أخرجه ابن ماجه (٢/ ح ٢٣٤٣) وفى الزوائد نمران بن جارية، ذكره ابن حبان فى الثقات، وقال ابن القطان: حاله مجهول، قال السندى: قلت: دهثم بن قران تركوه، وشذ ابن حبان فى الثقات، والدارقطنى (٤/ ٢٢٩) وقال: لم يروه غير دهثم بن قران وهو ضعيف وقد اختلف فى إسناده.
قلت: والإسناد ضعيف جدًا لأنه من طريق دهثم بن قرّان عن نمران بن جارية عن أبيه وذكره.
قلت: ودهثم بن قرّان متروك، ونمران بن جارية مجهول كما قال الحافظ فى التقريب.

(٢٣) أخرجه البخارى (٥/ ح ٢٥١٤/ فتح) ومسلم (٣/ أقضية/ ١٣٣٦/ ح ١٧١١) بلفظ: اليمين على المدعى عليه، والترمذى (٣/ ح ١٣٤٢) وابن ماجه (٢/ ح ٢٣٢١) والدارقطنى (٤/ ١٥٧) والبيهقى فى السنن (٨/ ٢٧٩) (١٠/ ٢٥٢) ولفظ المصنف قال الألبانى فى الإرواء (٢٦٨٥) صحيح.

الحائط ومعاقد القمط إذا كانا شـريكين فيه لا بد من أن يكون إلى أحدهما، إذ لا يمكن كونه إليهما جميـعًا، فبطلت دلالته كالتزويق، ولأنه يراد للزينة، فأشبه التـزويق، وحديثهم لا يثبته أهل النقل، وإسناده مجـهول، قاله ابن المنذر، قـال الشالنجى[٢٤]: ذكـرت هذا الحـديث لأحمد فلم يقنعه، وذكرته لإسحاق بن راهويه فـقال: ليس هذا حديثًا، ولم يصححه وحديث على فيه مقال وما ذكروه من العرف ليس بصحيح فإن العادة جعل وجه الحائط إلى خارج ليراه الناس، كما يلبس الرجل أحسن أثوابه أعلاها الظاهر للناس، ليروه فيتزين به فلا دليل فيه.

فـصـل: ولا ترجح الدعوى بالتزويق والتحسيـن، ولا بكون أحدهما له على الآجر سترة غير مبينة عليه لأنه مما يتسامح به ويمكن إحداثه.

فـــصـل: وإن تنازع صاحب العلو والـسفل فى حوائط البـيت السفلانى فـهى لصاحب السـفل، لأنه المنتفع بها، وهى من جملة البيت، فكانت لصـاحبه، وإن تنازعا حوائط العلو فهى لصاحب العلو لذلك، وإن تنازعا السقف تحالفا وكان بينهما، وبهذا قال الإمام الشافعى، وقال أبو حنيـفة: هو لصاحـب السفل، لأن السقف على ملكه، فـكان القول قوله، كـما لو تنازعا سـرجًا على دابة أحدهمـا كان القول قـول صاحبـها، وحكى عن مـالك: أنه لصاحب السفل، وحكى عنه: أنه لصـاحب العـــلو، لأنه يجلس عليه ويتصرف فـيه ولا يمكنه السكنى إلا به.

فـــصـل: ومن ملك وضع خشبـه على حائط فزال لسقوطه أو قلعه أو سـقوط الحائط ثم أعـيـــد، فله إعادة خشبه، لأن السبب الـمجوز لوضعه مستمر فاستـمر الاستحقاق، وإن زال السبب مثل أن خشى على الحائط من وضعه عليـه أو استغنى عن وضعه لم تجز إعادته لزوال السبب المبيح، فإن خيف سقوط الحـائط بعد وضعه عليه لزم إزالته، لأنه يضر بالمالك، وإن لم يخف عليه لكن استغنى عن إبقائه عليه لم تـلزم إزالته، لأن فى إزالته ضررًا بصاحبه، ولا ضرر على صاحب الحائط فى إبقائه بخلاف ما لو خشى سقوطه.

فـصـل: وإذا كان له وضع خشبه على جـدار غيره لم يملك إجارته ولا إعارته، لأنه إنما ملك ذلك لحاجـته المـاسة إلى وضع خشـبه ولا حاجـة إلى وضع خشب غـ ه فلم يملكه، وكذلك لا يملك بيع حقه من وضع خشبه ولا المـصالحة عنه للمالك ولا لغيره، لأنه أبيح له من حق غيره لحـاجته فلم يجز له ذلك فـيه، كطعام غيره إذا أبيـح له فى حال الضرورة، ولو أراد صاحب الحائط إعارة الحائط أو إجارته على وجه يمنع هذا المستحق من وضع خشبه لم

---

(٢٤) الشـالنجى: هو إسماعيل بن سعيد الشالنجى، أبو إسـحاق ذكره أبو بكر الخلال، فقال: عنده مسائل كثيـرة ما أحب أن أحدًا من أصحاب أبى عـبد الله روى عنه أحسن مما روى هذا ولا أشـبع ولا أكثر مسائل منه، وكان عالمًا بالرأى كبير القدر عندهم معروفًا، توفى سنة ثلاثين ومائتين.
طبقات الحنابلة (١/ ١٠٤).

ولنا: أنه حاجز بين ملكيهما ينتفعان به غير متصل ببناء أحدهما اتصال البنيان، فكان بينهما، كالحائط بين الملكين، وقولهم: هو على ملك صاحب السفل يبطل بحيطان العلو ولا يشبه السرج على الدابة، لأنه لا ينتفع به غير صاحبها، ولا يراد إلا لها فكان في يده وهذا السقف ينتفع به كل واحد منهما لأنه سماء صاحب السفل يظله، وأرض صاحب العلو تقله، فاستويا فيه.

فصل: وإن تنازع صاحب العلو والسفل في الدرجة التي يصعد منها، فإن لم يكن تحتها مرفق لصاحب السفل، كسلم مسمر، أو دكة فهي لصاحب العلو وحده، لأن له اليد والتصرف وحده، لأنها مصعد صاحب العلو لا غير، والعرصة التي عليها الدرجة له أيضًا، لانتفاعه بها وحده، وإن كان تحتها ثني بنيت لأجله لتكون مدرجًا للعلو فهي بينهما لأن يديهما عليها، ولأنها سقف للسفلاني وموطئ للفوقاني فهي كالسقف الذي بينهما، وإن كان تحتها طاق صغير لم تبن الدرجة لأجله وإنما جعل مرفقًا يجعل فيه جب الماء ونحوه، فهي لصاحب العلو لأنها بنيت لأجله وحده، ويحتمل أن تكون بينهما، لأن يدهما عليها وانتفاعهما حاصل بها فهي كالسقف.

فصل: ولو تنازعا مُسَنَّاةً(٢٥) بين نهر أحدهما وأرض الآخر تحالفا وكانت بينهما، لأنها حاجز بين ملكيهما، فهي كالحائط بين الملكين.

فصل: إذا كان بينهما حائط مشترك فانهدم فطلب أحدهما إعادته وأبى لآخر، فهل يجبر الممتنع على إعادته؟ قال القاضي: فيه روايتان: **إحداهما:** يجبر نقلها ابن القاسم وحرب وسندي، قال القاضي: هي أصح وقال ابن عقيل: وعلى ذلك أصحابنا، وبه قال مالك في إحدى روايتيه والشافعي في قديم قوليه، واختاره بعض أصحابه وصححه، لأن في ترك بنائه إضرارًا، فيجبر عليه، كما يجبر على القسمة إذا طلبها أحدهما وعلى النقض إذا خيف سقوطه

يملك ذلك، لأنه وسيلة إلى منع ذي الحق من حقه فلم يملكه كمنعه، ولو أراد هدم الحائط لغير حاجة لم يملك ذلك، لما فيه من تفويت الحق، وإن احتاج إلى ذلك للخوف من انهدامه، أو لتحويله إلى مكان آخر، أو لغرض صحيح ملك ذلك، لأن صاحب الخشب إنما يثبت حقه للإرفاق به مشروطًا بعدم الضرر بصاحب الحائط، فمتى أفضى إلى الضرر زال الاستحقاق لزوال شرطه.

فصل: فإن أذن صاحب الحائط لجاره في البناء على حائطه أو وضع سترة عليه أو وضع خشبه عليه في الموضع الذي لا يستحق وضعه جاز، لأن الحق له فجاز بإذنه، فإذا فعل ما أذن فيه صارت العارية لازمة تذكر في باب العارية.

---

(٢٥) **مسناه:** سد يبنى لحجز ماء السيل أو النهر، به مفاتيح للماء تفتح على قدر الحاجة.

عليهما لقول النبى ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»(٢٦) وهذا وشريكه يتضرران فى ترك بنائه، **والرواية الثانية:** لا يجبر، نقل عن أحمد ما يدل على ذلك، وهو أقوى دليلاً ومذهب أبى

---

(٢٦) هذا الحديث رواه عبادة بن الصامت وابن عباس وأبو سعيد الخدرى وثعلبة بن أبى مالك القرظى وأبو لبابة ﷺ. أما **حديث عبادة:** فهو من طريق موسى بن عقبة ثنا إسحاق بن يحيى بن الوليد عنه مرفوعًا به، أخرجه ابن ماجه (٢/ ح ٢٣٤٠) وأحمد فى مسنده (٥/ ٣٢٦، ٣٢٧) وفيه انقطاع، إسحاق بن يحيى بن الوليد لم يلق عبادة، وأما **حديث ابن عباس:** أخرجه ابن ماجه (٢/ ح ٢٣٤١) وأحمد فى «مسنده» (١/ ٣١٣) من طريق جابر الجعفى عن عكرمة عنه وفيه زيادة: وإسناده ضعيف لضعف جابر الجعفى. وأخرجه الدارقطنى (٤/ ٢٢٨) من طريق داود بن الحصين عن عكرمة عنه، قال الحافظ فى التقريب: داود بن الحصين: ثقة إلا فى عكرمة.

قلت: وهذا الحديث عن عكرمة، ولكن لا بأس به فى الشواهد، ولكن له طريق آخر ذكره الزيلعى فى نصب الراية (٤/ ٣٨٤، ٣٨٥) عن سماك عن عكرمة عنه. وسماك هذا شأنه شأن داود بن الحصين فى روايته عن عكرمة، فقد قال الحافظ فى التقريب: صدوق، وروايته عن عكرمة خاصة مضطربة.

وأما **حديث أبى سعيد الخدرى:** فمن طريق عثمان بن محمد بن عثمان بن ربيعة بن أبى عبد الرحمن الرازى ثنا عبد العزيز بن محمد الدراوردى عن عمرو بن يحيى المازنى عن أبيه عنه. أخرجه الدارقطنى (٤/ ٢٢٨) والبيهقى (٦/ ٦٩) والحاكم (٢/ ٨٥٧) وعثمان بن محمد هذا تفرد به، وهو ضعيف كما قال الدارقطنى، وأخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ص ٧٤٥/ ٣٠) عن عمرو بن يحيى المازنى عن أبيه مرفوعًا، وهذا مرسل صحيح الإسناد. وأما **حديث أبى هريرة:** فهو من طريق أبى بكر بن عياش عن ابن عطاء عن أبيه عنه، أخرجه الدارقطنى (٤/ ٢٢٨). وقال الزيلعى فى نصب الراية (٤/ ٢٨٥) مختلف فيه - يعنى (عياش) اهـ. وابن عطاء هذا هو يعقوب بن عطاء بن أبى رباح، فهو ضعيف كما قال الحافظ فى التقريب. وأما **حديث جابر:** فقد ذكره الهيثمى فى المجمع (٤/ ١١٠) وقال: رواه الطبرانى فى الأوسط، وفيه ابن إسحاق وهو ثقه ولكنه مدلس. وأما **حديث عائشة** ﵂: فأخرجه الدارقطنى (٤/ ٢٢٧) فهو من طريق الواقدى، ثنا خارجة بن عبد الله بن سليمان بن زيد بن ثابت عن أبى الرجال عن عمرة عنها به، وفى إسناده الواقدى وهو متروك، وله طريق أخرى. وذكره الهيثمى فى المجمع (٤/ ١١٠) وقال: رواه الطبرانى فى الأوسط، وسمر بن أحمد بن رشدين وهو ابن محمد بن الحجاج بن رشدين، وقال ابن عدى: كذبوه. وأما **حديث ثعلبة:** فرواه الطبرانى فى معجمه، قال: حدثنا محمد بن أبى الصائغ المكى ثنا يعقوب بن حميد بن كاسب ثنا إسحاق بن إبراهيم، مولى مزينة عن صفوان بن سليم عن ثعلبة بن ملك القرظى... فذكره، ذكره الزيلعى فى نصب الراية (٤/ ٣٨٥) وإسناده ضعيف، فيه إسحاق بن إبراهيم، قال الحافظ فى التقريب: لين الحديث. وأما **حديث أبى لبابة:** فيرويه واسع بن حبان عنه. أخرجه أبو داود فى مراسيله (ص ٢٩٤/ ح ٤٠٧) بلفظ: لا ضر فى الإسلام ولا ضرار، والحديث فيه انقطاع بين واسع وأبى لبابة. وأيضًا فيه محمد بن إسحاق وهو مدلس وقد عنعنه.

والحديث بهذه الطرق التى تزيد على عشر، وهى وإن كانت ضعيفة مفرداتها، فإن كثيرًا منها لم يشتد ضعفها، وإذا ضم بعضها إلى بعض تقوى الحديث بها، وارتقى إلى درجة الصحة إن شاء الله تعالى، وقد حسنه النووى فى الأربعين النووية، فالحديث صحيح، والله تعالى أعلم.

حنيفة، لأنه ملك لا حرمة له فى نفسه، فلم يجبر مالكه على الإنفاق عليه كما لو انفرد به، ولأنه بناء حائط فلم يجبر عليها كالابتداء، ولأنه لا يخلو إما أن يجبر على بنائه لحق نفسه أو لحق جاره أو لحقيهما جميعًا، لا يجوز أن يجبر عليه لحق نفسه، بدليل ما لو انفرد به ولا لحق غيره، كما لو انفرد به جاره، فإذا لم يكن كل واحد منهما موجبًا عليه فكذلك إذا اجتمعا، وفارق القسمة فإنها دفع للضرر عنهما بما لا ضرر فيه، والبناء فيه مضرة لما فيه من الغرامة وإنفاق ماله، ولا يلزم من إجباره على إزالة الضرر بما لا ضرر فيه أجباره على إزالته بما فيه ضرر، بدليل قسمة ما فى قسمة ضرر، ويفارق هدم الحائط إذا خيف سقوطه، لأنه يخاف سقوط حائطه على ما يتلفه فيجبر على ما يزيل ذلك، ولهذا يجبر عليه وإن انفرد بالحائط بخلاف مسألتنا، ولا نسلم أن فى تركه إضرارًا، فإن الضرر إنما حصل بانهدامه،

فصل: وإن أذن له فى وضع خشبه أو البناء على جداره بعوض جاز، سواء كان إجارة فى مدة معلومة أو صلحًا على وضعه على التأبيد، ومتى زال فله إعادته، سواء زال لسقوطه أو سقوط الحائط أو غير ذلك، لأنه استحق إبقاءه بعوض ويحتاج أن يكون البناء معلوم العرض والطول والسمك والآلات من الطين واللبن والآجر وما أشبه ذلك، لأن هذا يختلف فيحتاج إلى معرفته، وإذا سقط الحائط الذى عليه البناء أو الخشب فى أثناء مدة الإجارة سقوطًا لا يعود انفسخت الإجارة فيما بقى من المدة ورجع من الأجرة بقسط ما بقى من المدة، وإن أعيد رجع من الأجرة بقدر المدة التى سقط النباء والخشب عنه، وإن صالحه مالك الحائط على رفع خشبه أو بنائه بشيء معلوم جاز، كما يجوز الصلح على وضعه، سواء كان ما صالحه به مثل العوض الذى صولح به على وضعه أو أقل أو أكثر، لأن هذا عوض عن المنفعة المستحقة له، وكذلك لو كان له مسيل فى أرض غيره أو ميزاب أو غيره فصالح صاحب الأرض مستحق ذلك بعوض ليزيله عنه جاز، وإن كان الخشب أو الحائط قد سقط فصالحه بشيء على أن لا يعيده جاز، لأنه لما جاز أن يبيع ذلك منه جاز أن يصالح عنه، لأن الصلح بيع.

فصل: وإذا وجد بناءه أو خشبه على حائط مشترك أو حائط جاره ولم يعلم سببه، فمتى زال فله إعادته، لأن الظاهر أن هذا الوضع بحق من صلح أو غيره، فلا يزول هذا الظاهر حتى يعلم خلافه، وكذلك لو وجد مسيل مائه فى أرض غيره وما أشبه هذا فهو له، لأن الظاهر أنه له بحق فجرى مجرى اليد الثابتة، ومتى اختلفا فى ذلك هل هو بحق أو بعدوان؟ فالقول قول صاحب الخشب والبناء والمسيل مع يمينه لأن الظاهر معه.

فصل: وإذا ادعى رجل دارًا فى يد أخوين، فأنكره أحدهما وأقر له الآخر، ثم صالحه على ما أقر له بعوض صح الصلح ولأخيه الأخذ بالشفعة، ويحتمل أن يفرق بين ما إذا كان الإنكار مطلقًا، وبين ما إذا قال: هذه لنا ورثناها جميعًا عن أبينا أو أخينا، فيقال: إذا كان

وإنما ترك البناء ترك لما يحصل النفع به، وهذا لا يمنع الإنسان منه بدليل حالة الابتداء وإن سلمنا أنه إضرار لكن فى الإجبار إضرار، ولا يزال الضر بالضرر، وقد يكون الممتنع لا نفع له فى الحائط، أو يكون الضرر عليه أكثر من النفع، أو يكون معسراً ليس معه ما يبنى به، فيكلف الغرامة مع عجزه عنها، فعلى هذه الرواية: إذا امتنع أحدهما لم يجبر، فإن أراد شريكه البناء فليس له منعه منه، لأن له حقّا فى الحمل ورسمًا فلا يجوز منعه منه، وله بناؤه بأنقاضه إن شاء، وبناؤه بآلة من عنده، فإن بناه بآلته وأنقاضه فالحائط بينهما على الشركة، كما كان، لأن المتفق عليه إنما أنفق على التالف، وذلك أثر لا عين يملكها، وإن بناه بآلة من عنده فالحائط ملكه خاصة، وله منع شريكه من الانتفاع به ووضع خشبه ورسومه عليه لأن الحائط له، وإذا أراد نقضه فإن كان بناه بآلته لم يملك نقضه لأنه ملكهما، فلم يكن له التصرف فيما به مضرة عليهما، وإن بناه بآلة من عنده فله نقضه لأنه ملكه خاصة، فإن قال شريكه: أنا أدفع إليك نصف قيمة البناء ولا تنقضه لم يجبر لأنه لما لم يجبر على البناء لم

الإنكار مطلقًا كان له الأخذ بالشفعة، وإن قال: ورثناها، فلا شفعة له، لأن المنكر يزعم أن الملك لأخيه المقر لم يزل وأن الصلح باطل، فيؤاخذ بذلك فلا يستحق به شفعة، ووجه الأول أن الملك ثبت للمدعى حكمًا، وقد رجع إلى المقر بالبيع وهو معترف بأنه بيع صحيح فتثبت فيه الشفعة، كما لو كان الإنكار مطلقًا، ويجوز أن يكون نصيب المقر انتقل إلى المدعى ببيع أو هبة أو سبب من الأسباب، فلا ينافى إنكار المنكر وإقرار المقر كحالة إطلاق الإنكار، وهذا أصح.

34- مسألة: (وإن كان بينهما حائط فانهدم فطالب أحدهما صاحبه ببنائه أجبر عليه وعنه لا يجبر).

إذا كان بين الشريكين حائط فانهدم فطلب أحدهما إعادته وأبى الآخر فذكر القاضى فيه روايتين: **إحداهما:** يجبر، نقلها ابن القاسم وحرب وسندى، قال القاضى: هى أصح، قال ابن عقيل: وعلى ذلك أصحابنا، وهو إحدى الروايتين عن مالك، وقول الشافعى القديم، واختاره بعض أصحابه لأن فى ترك بنائه إضراراً فيجبر عليه كما يجبر على القسمة إذا طلبها أحدهما وعلى نقض الحائط عند خوف سقوطه عليهما، ولقول النبى ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» وهذا وشريكه يتضرران فى ترك بنائه، **والرواية الثانية:** لا يجبر، نقل عن أحمد ما يدل على ذلك وهو أقوى فى النظر ومذهب أبى حنيفة، لأنه ملك لا حرمة له فى نفسه فلم يجبر مالكه على الإنفاق عليه كما لو انفرد به، ولأنه بناء حائط فلم يجبر عليه كالابتداء، ولأنه لا يخلو إما أن يجبر على بنائه لحق نفسه أو لحق جاره أو لهما جميعًا لا يجوز أن يجبر لحق نفسه بدليل ما لو انفرد به ولا لحق غيره كم لو انفرد به جاره وإذا لم يكن واحد منهما موجبًا فعليه فكذلك إذا اجتمعا وفارق القسمة فإنها دفع للضرر عنهما بما لا ضرر فيه والبناء فيه ضرر

يجبر على الإبقاء، وإن أراد غير البانى نقضه أو إجبار بانيه على نقضه لم يكن له ذلك على الروايتين جميعًا، لأنه إذا لم يملك منعه من بنائه فلأن لا يملك إجباره على نقضه أولى، فإن كان له على الحائط رسم انتفاع ووضع خشب قال له: إما أن تأخذ منى نصف قيمته وتمكننى من انتفاعى ووضع خشبى، وإما أن تقلع حائطك لنعيد البناء بيننا فيلزم الآخر إجابته لأنه لا يملك إبطال رسومه وانتفاعه ببنائه، وإن لم يرد الانتفاع به فطالبه البانى بالغرامة أو القيمة لم يلزمك ذلك، لأنه إذا لم يجبر على البناء، فأولى أن لا يجبر على الغرامة إلا أن يكون قد أذن فى البناء والاتفاق، فيلزمه ما أذن فيه، فأما على الرواية الأولى: فمتى امتنع أجبره الحاكم على ذلك، فإن لم يفعل أخذ الحاكم من ماله وأنفق عليه، وإن لم يكن له مال فأنفق عليه الشريك بإذن الحاكم، أو إذن الشريك رجع عليه متى قدر، وإن أراد بناءه لم يملك الشريك منعه، وما أنفق: إن تبرع به لم يكن له الرجوع به، وإن نوى الرجوع به، فهل له الرجوع بذلك؟ يحتمل وجهين، بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه، وإن بناه لنفسه بآلته فهو بينهما، وإن بناه بآلة من عنده فهو له خاصة، فإن أراد نقضه فله ذلك إلا أن يدفع إليه شريكه نصف قيمته فلا يكون له نقضه، لأنه إذا أجبر على بنائه، فأولى أن يجبر على إبقائه.

لما فيه الغرامة وإنفاق ماله ولا يلزم من إجباره على إزالة الضرر بما لا ضرر فيه إجباره على إزالته بما فيه ضرر بدليل قسمة ما فى قسمته ضرر، ويفارق هدم الحائط إذا خيف سقوطه، لأنه يخاف سقوطه على ما يتلفه فيجبر على ما يزيل ذلك ولذلك يجبر عليه، وإن انفرد الحائط بخلاف مسألتنا، ولا نسلم أن فى تركه إضرارًا، فإن الضرر إنما حصل بانهدامه وإنما ترك البناء ترك لما يحصل النفع به وهذا لا يمنع الإنسان منه بدليل حالة الابتداء، وإن سلمنا أنه إضرار لكن فى الإجبار إضرار ولا يزال الضرر بالضرر، ولأنه قد يكون الممتنع لا نفع له فى الحائط أو يكون الضرر عليه أكثر من النفع أو يكون معسرًا ليس معه شىء فيكلف الغرامة مع عجزه عنها.

35- **مسألة:** (وليس له منعه من بنائه).

على الرواية التى تقول: لا يجبر الممتنع إذا أراد شريكه البناء فليس له منعه، لأن له حقًا فى الحمل ورسمًا فلا يجوز منعه منه..

36- **مسألة:** (فإن بناه بآلته فهو بينهما، وإن بناه بآلة من عنده فهو له وليس للآخر الانتفاع به، وإن طلب الانتفاع به خير الثانى بين أخذ نصف قيمته وبين أخذ آلته).

وجملة ذلك أن للشريك بناء الحائط بأنقاضه وله بناؤه بآلة من عنده، فإن بناه بآلته وأنقاضه فهو على الشركة كما كان، لأن المنفق إنما أنفق على التالف، وذلك أثر لا عين يملكها، وإن بناه بآلة من عنده فالحائط ملكه خاصة، وله منع شريكه من الانتفاع به ومن وضع خشبه ورسومه عليه، لأن الحائط له، فإن أراد نقضه وكان بناه بآلته فليس له نقضه لأنه

فصل: فإن لم يكن بين ملكيهما حائط قديم فطلب أحدهما من الآخر مباناته حائطًا يحجز بين ملكيهما، فامتنع لم يجبر عليه رواية واحدة، وإن أراد البناء وحده لم يكن له البناء إلا فى ملكه خاصة، لأنه لا يملك التصرف فى ملك جاره المختص به، ولا فى الملك المشترك بغير ماله فيه رسم، وهذا لا رسم له، ولا أعلم فى هذا خلافًا.

فصل: فإن كان السُّفْلُ لرجل والعلو لآخر فانهدم السقف الذى بينهما فطلب أحدهما المباناة من الآخر، فهل يجبر الممتنع على ذلك؟ على روايتين، كالحائط بين البيتين، وللشافعى قولان كالروايتين، وإن انهدمت حيطان السفل فطالبه صاحب العلو بإعادتها فعلى

ملكهما فلم يكن له التصرف فيه بما فيه مضرة عليهما، وإن كان بناه بآلة من عنده فله نقضه، لأنه يختص بملكه، فإن قال شريكه: أنا أدفع إليك نصف قيمة البناء ولا تنقضه لم يجبر، لأنه لما لم يجبر على البناء لم يجبر على الإبقاء، وإن أراد غير البانى نقضه وإجبار بانيه على نقضه لم يكن له ذلك على كلتا الروايتين، لأنه إذا لم يملك منعه من بنائه فلأنه لا يملك إجباره على نقضه أولى، فإن كان له على الحائط رسم انتفاع أو وضع خشب قال له: إما أن تأخذ منى نصف قيمته وتمكننى من انتفاعى وإما أن تقلع حائطك لنعيد البناء من بيننا فيلزم الآخر إجابته، لأنه لا يملك إبطال رسومه وانتفاعه ببنائه، وإن لم يرد الانتفاع به فطالبه الثانى بالغرامة أو القيمة لم يلزمه ذلك، لأنه إذا لم يجبر على البناء فأولى أن لا يجبر على الغرامة إلا أن يكون قد أذن فى البناء والإنفاق فيلزمه ما أذن فيه، فأما على الرواية الأولى فمتى امتنع أجبره الحاكم على ذلك، فإن لم يفعل أخذ الحاكم من ماله وأنفق عليه، وإن لم يكن له مال فأنفق عليه الشريك بإذن الحاكم أو إذن الشريك رجع عليه متى قدر، وإذا أراد بناء لم يملك الشريك منعه، وما أنفق إن تبرع به لم يكن له الرجوع به، وإن نوى الرجوع به فهل له الرجوع بذلك؟ يحتمل وجهين بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه، وإن بناه لنفسه بآلته فهو بينهما، وإن بناه بآلة من عنده فهو له خاصة، فإن أراد نقضه فله ذلك إلاَّ أن يدفع إليه شريكه نصف قيمته فلا يكون له نقضه، لأنه إذا أجبر على بنائه فأولى أن يجبر على إبقائه.

فصل: فإن لم يكن بين ملكيهما حائط فطلب أحدهما من الآخر أن يبنيا حائطًا يحجز بين ملكيهما لم يجبر الآخر عليه، رواية واحدة، فإن أراد البناء وحده فليس له إلا فى ملكه، لأنه لا يملك التصرف فى ملك جاره المختص به ولا فى الملك المشترك بغير ما له فيه رسم، وهذا لا رسم له فيه.

فصل: فإن كان السفل لرجل والعلو لآخر فانهدم السقف الذى بينهما فطلب أحدهما المباناة من الآخر فامتنع فهل يجبر؟ على روايتين كالحائط بين البيتين، وللشافعى فيه قولان، فإن انهدمت حيطان السفلى فطالبه صاحب العلو بإعادتها ففيه روايتان: **إحداهما:** يجبر، وهو قول مالك وأبى ثور وأحد قولى الشافعى، فعلى هذه الرواية يجبر على البناء وحده، لأنه ملكه

روايتين: إحداهما: يجبر، وهو قول مالك وأبى ثور واحد قولى الشافعى، فعلى هذه الرواية: يجبر على البناء وحده، لأنه ملكه الخاص، والثانية: لا يجبر، وهو قول أبى حنيفة، وإن أراد صاحب العلو بناءه لم يمنع من ذلك على الروايتين جميعًا، فإن بناه فهو على كل ما كان، وإن بناه بآلته من عنده، فقد روى عن أحمد: لا يمتنع به صاحب السفل - يعنى حتى يؤدى القيمة - فيحتمل أن لا يسكن، وهو قول أبى حنيفة، لأن البيت إنما يبنى للسكنى فلم يملكه كغيره، ويحتمل أنه أراد الانتفاع بالحيطان خاصة من طرح الخشب وسمر الوتد وفتح الطاق، ويكون له السكنى من غير تصرف فى ملك غيره وهذا مذهب الشافعى، لأن السكنى إنما هى إقامته فى فناء الحيطان من غير تصرف فيها، فأشبه الاستظلال بها من خارج، فأما إن طالب صاحب السفل بالبناء وأبى صاحب العلو ففيه روايتان: إحداهما: لا يجبر على بنائه ولا مساعدته، وهو قول الشافعى، لأن الحائط ملك صاحب السفل مختص به، فلم يجبره غيره على بنائه ولا المساعدة فيه كما لو لم يكن عليه علو، والثانية: يجبر على مساعدته والبناء معه، وهو قول أبى الدرداء، لأنه حائط يشتركان فى الانتفاع به، أشبه الحائط بين الدارين.

فصل: فإن كان بين البيتين حائط لأحدهما فانهدم فطلب أحدهما من الآخر بناءه أو المساعدة فى بنائه فامتنع لم يجبر، لأنه كان الممتنع مالكه لم يجبر على بناء ملكه المختص به كحائط الآخر، وإن كان الممتنع الآخر لم يجبر على بناء ملك غيره ولا المساعدة فيه، ولا يلزم على هذا حائط السفل حيث يجبر صاحبه على بنائه مع اختصاصه بملكه، لأن الظاهر أن

خاصة، والثانية: لا يجبر، وهو قول أبى حنيفة، فإن أراد صاحب العلو بناءه لم يمنع من ذلك على الروايتين جميعًا، فإن بناه بآلته فهو على ما كان، وإن بناه بآلة من عنده فقد روى عن أحمد لا ينتفع به صاحب السفل - يعنى حتى يؤدى القيمة - فيحتمل أنه لا يسكن، وهو قول أبى حنيفة، لأن البيت إنما يبنى للسكنى فلم يملكه كغيره، ويحتمل أنه أراد الانتفاع بالحيطان خاصة من طرح الخشب وسمر الوتد وفتح الطاق، وتكون له السكنى من غير تصرف فى ملك غيره، وهو مذهب الشافعى لأن السكنى إنما هى إقامته فى فناء الحيطان من غير تصرف أشبه الاستظلال بها من خارج، فأما إن طالب صاحب السفل بالبناء وأبى صاحب العلو ففيه روايتان: إحداهما: لا يجبر على بنائه ولا مساعدته، وهو قول الشافعى، لأن الحائط ملك صاحب السفل فلم يجبر غيره على بنائه ولا المساعدة فيه، كما لو لم يكن عليه علو، والثانية: يجبر على مساعدته والبناء معه، وهو قول أبى الدرداء، لأنه حائط يشتركان فى الانتفاع به أشبه الحائط بين الدارين.

فصل: فإن كان بين البيتين حائط لأحدهما فانهدم فطلب أحدهما من الآخر بناءه أو المساعدة فى بنائه لم يجبر، لأنه إن كان الممتنع مالكه لم يجبر على بناء ملكه المختص به كحائط الآخر، وإن كان الممتنع الآخر لم يجبر على بناء ملك غيره ولا المساعدة فيه ولا يلزم

صاحب العلو كملكـه مستحقًا لأبقـائه على حيطان السفل دائمًا، فلزم صـاحب السفل تمكينه مما يستحقه، وطريقة البناء، فلذلك وجب، بخلاف مسألتنا، وإن أراد صاحب الحائط بناءه أو نقضه بعد بنائه لم يكن لجاره منعه لأن ملكه خاصة، وإن أراد جاره بناءه أو نقضه أو التصرف فيه لم يملك ذلك لأنه لا حق له فيه.

فـصل: ومتى هدم أحد الشريكين الحائط المشـترك أو السقف الذى بينهما نظرت، فإن خيف سـقوطه ووجب هدمـه فلا شيء على هادمـه، ويكون كما لو انهـدم بنفسـه، لأن فعل الواجب وأزال الضرر الحاصل بسقوطه، وإن هدمه لغير ذلك، فعليه إعادته سواء هدمه لحاجة أو غيرها، وسواء التزام إعادته أو لم يلتزم، لأن الضرر حصل بفعله فلزمه إعادته.

فصل: فإن اتفقا على بناء الحائط المشترك بينهما نصفين وملكه بينهما الثلث والثلثان لم يـصـح، لأنه يصالح على بعض ملكه ببـعض، فلم يصح، كما لو أقر به بدار فـصالحه على سكناها، ولو اتفقا على أن يحملـه كل واحد منهما ما شاء لم يجز لجهـالة الحمل فإن يحمله من الأثقال ما لا طاقة له بحمله، وإن اتفقا على أن يكون بينهما نصفين جاز.

فـصل: فإن كان بينهما نهر أو قناة أو دولاب أو ناعورة أو عـين فاحتاج إلى عمارة، ففى إجبـار الممتنع منهمـا روايتان، وحكى عن أبى حنيفة: أنه يجبـر هـهنا على الإنفاق، لأنه لا

على هذا حائط السـفل حيث يجبـر صاحبه عـلى بنائه مع اختصـاصه بملكه، لأن الظاهر أن صاحب العلو ملكه مستـحقًا لإبقائه على حيطان السفل دائمًا فلزم صـاحب السفل تمكينه مما يستحقـه وطريقه البناء فلذلك وجب بخلاف مسألتنا، وإن أراد صاحب الـحائط بناءه أو نقضه بعد بنائه لم يكن لجاره منعـه، لأنه ملكه خاصة وإن أراد جاره بناءه أو نقضه أو التـصرف فيه لم يملك ذلك، لأنه لا حق له فيه.

فـصل: ومتى هدم أحد الشريكين الحائط المشـترك أو السقف الذى بينهما نظرت، فإن خيف سـقوطه ووجب هدمه فـلا شيء على هادمه، ويكون كمـا لو انهدم بنفسـه، لأنه فعل الواجب وأزال الضرر الحاصـل بسقوطه، وإن هدمه لغيـر ذلك فعليه إعادته سـواء كان هدمه لحاجة أو غيرها وسواء التزم إعادته أو لم يلتزم، لأن الضرر حصل بفعله لزمته إزالته.

فـصل: فإن اتفقا على بناء الحائط المشترك بينهـما نصفين، وملكه بينهما الثلث والثلثان لـم يصـح، لأنه يصالح عن بعض ملكه ببـعض فلم يصح، كما لو أقر له بدار فـصالحه على سكناها، ولو اتفقا على أن يحمله كل واحد منهما ما شاء لم يجز لجهالة الحمل، فإنه يحمله من الأثقال ما لا طاقة له بحمله، وإن اتفقا على أن يكون بينهما نصفين جاز.

37- **مـسألة: (وإن كان بينهما نهر أو بئر أو دولاب أو ناعورة أو قناة فاحتاج إلى عمارة ففى إجبار الممتنع وجهان)**.

بناء على الحائط المشترك إذا انهدم، وحكى عن أبـى حنيفة أنه يجبر ههنا على الإنفاق،

يتمكن شريكه من مقاسمته فيضر به بخلاف الحائط، فإنه يمكنهما قسمة العرصة، والأولى التسوية، لأن فى قسمة العرصة إضرارًا بهما والإنفاق أرفق بهما، فكانا سواء، والحكم فى الدولاب والناعورة كالحكم فى الحائط على ما ذكرناه، وأما البئر والنهر فلكل واحد منهما الإنفاق عليه، وإذا أنفق عليه لم يكن له منع الآخر من نصيبه من الماء، لأن الماء ينبع من ملكيهما وإنما أثر أحدهما فى نقل الطين منه، وليس له فى عين مال فأشبه الحائط إذا بناه بآلته، والحكم فى الرجوع بالنفقة كحكم الرجوع فى النفقة على الحائط على ما مضى.

فصل: إذ كان لرجلين بابان فى الزقاق غير نافذ أحدهما قريب من باب الزقاق، والآخر فى داخله، فللقريب من الباب نقل بابه إلى ما يلى باب الزقاق، لأن له الاستطراق إلى بابه القديم، فقد نقص من استطراقه ومتى أراد رد بابه إلى موضعه الأول كان له حقه لم يسقط، وإن أراد نقل بابه تلقاء صدر الزقاق لم يكن له ذلك، نص عليه أحمد، لأنه يقدم بابه إلى موضع لا استطراق له فيه، ويحتمل جواز ذلك، لأنه كان له أن يجعل بابه فى أول البناء فى أى موضع شاء فتركه فى موضع لا يسقط حقه، كما أن تحويله بعد فتحه لا يسقط، ولأن له أن يرفع حائطه كله فلا يمنع من رفعه موضع الباب وحده، فأما صاحب الباب الثانى فإن كان فى داخل الدرب باب لآخر فى التقديم والتأخير حكم صاحب الباب الأول سواء، وإن لم يكن له ثم باب آخر له تحويل بابه حيث شاء، لأنه على على الأول لا منازع له فيما تجاوز الباب الأول، وعلى الاحتمال الذى ذكرناه لكل واحد منهما ذلك، ولو أراد كل واحد أن يفتح فى داره بابًا آخر، أو يجعل داره دارين يفتح لكل واحدة منهما بابًا جاز إذا وضع البابين فى موضع استطراقه وإن كان ظهر دار أحدهما إلى شارع نافذ أو زقاق نافذ ففتح فى حائطه بابًا إليه جاز ولأنه يرتفق بما لم يتعين ملك أحد عليه، **فإن قيل:** فى هذا إضرار بأهل الدرب، لأنه يجعله نافذًا يستطرق إليه من الشارع، **قلنا:** لا يصير الدرب نافذًا، وإنما تصير داره نافذة، وليس لأحد استطراق داره، فأما إن كان بابه فى الشارع وظهر داره إلى الزقاق

لأنه لا يتمكن شريكه من مقاسمته فيتضرر بخلاف الحائط، فإنه يمكنهما قسمة العرصة، قال شيخنا: والأولى التسوية، لأن فى قسمة العرصة إضرارًا بهما، والإنفاق أرفق بهما فكانا سواء.

38- مسألة: (وليس لأحدهما منع صاحبه من عمارته).

فإن عمره فالماء بينهما على الشركة، أما الدولاب والناعورة الحكم فيه كالحكم فى الحائط على ما ذكرناه، وأما النهر والبئر فلكل واحد منهما الإنفاق عليه، وإذا أنفق عليه لم يكن له منع الآخر من نصيبه من الماء، لأنه ينبع من ملكها، وإنما أثر أحدهما فى نقل الطين منه، وليس له فيه عين مال فأشبه الحائط إذا بناه بآلته، والحكم فى الرجوع بالنفقة حكم الرجوع فى النفقة على ما مضى.

الذى لا ينفذ، فـأراد أن يفتح بابًا إلى الزقاق للاسـتطراق لم يكن ذلك، لأنه ليس له حق فى الدرب الذى قد تعين ملك أربابه، ويحـتمل الجواز كما ذكرنا فى الوجـه الذى قد تقدم، وإن أراد أن يفتح فيه بابًا لغـير الاستطراق أو يجعل له بابًا يسمره أو شبـاكًا جاز، لأنه كان له رفع الحائط بجملته، فبعضه أولى، قـال ابن عقيل: ويحتمل عندى أنه لا يجوز، لأن شكل الباب مع تقـادم العهـد ربما اسـتـدل به على حق الاستطراق، فـيـضر بأهل الدرب، بخـلاف رفع الحائط، فإنه لا يدل على شىء.

فـصل: وإذا كان لرجل داران متلاصقتان، ظهر كل واحد منهما إلى ظهر الأخرى، وباب كل واحدة منهما فى زقاق غـير نافذ فرفع الحاجز بينهما وجعلهـما دارًا واحدة جاز، وإن فتح من كل واحدة منهما بابًا إلى الأخرى ليتمكن من التطرق من كل واحدة منهما إلى كلا الدارين لم يجز، ذكـره القاضى، لأن ذلك يثبت الاستطـراق فى الدرب الذى لا ينفذ من دار لم يكن لها فيه طريق، ولأن ذلك ربمـا أدى إلى إثبات الشفعة فى قول من يثبـتها بالطريق لكل واحدة من الدارين فى زقاق الأخـرى، ويحتمل جـواز ذلك، لأن له رفع الحاجز جـميعـه، فبعـضه أولى، وهذا أشبه، وما ذكرناه للمنع منتقض بمـا إذا رفع الحائط جميعه، وفى كل موضع قلنا ليس له فعله إذا صالحه أهل الدرب بعوض معلوم أو أذنوا له بغير عوض جاز.

فـــصل: إذا تنازع صاحب البابين فى الدرب وتداعـياه، ولم يكن فيه باب لغيرهمـا، ففيه ثلاثة أوجـه: أحـدها: أنه يحكم بالدرب من أوله إلى الباب الذى يلى أوله بينهـما، لأن لهما الاستطراق فيه جميعًـا، وما بعده إلى صدر الدرب للآخر، لأن الاستطراق فى ذلك له وحده، فله اليد والتصرف، **والوجه الـثانى:** أن من أوله إلى أقصى حائط الأول بينهما، لأن ما يقابل ذلك لهما التـصرف فيه بناء على أن للأول أن يفـتح بابه فيما شاء من حـائطه، وما بعد ذلك للثانى، لأنه ليس بفناء للأول ولا له فيه استطراق، **والثـالث:** يكون بينهما، لأن لهما جميعًا يدًا وتصرفًا، وهكذا الحكم فيما إذا كان لرجل علو خان ولآخر سفله، ولصاحب العلو درجة فى أثناء صحن الخان فاخـتلفا فى الصحن، فما كان من الدرجة إلى باب الخـان بينهما، وما وراء ذلك إلى صدر الخان على الوجهين: **أحدهما:** هو لصاحب السفل، **والثانى:** هو بينهما، فإن كانت الدرجة فى صدر الصحن فالصحن بينهما لوجود اليد والتصرف منهما جميعًا، فعلى الوجه الذى يقول: إن صر الدرب مختص بصاحب الباب الصدرانى، أن يستبدل بما يختص به منه، بأن يجعله دهليزًا لنفسه أو يدخله فى داره على وجه لا يضر بجاره ولا يضع على حائطه شيئًا، لأن ذلك ملك له ينفرد به.

فـصل: وليس للرجل التصرف فى ملكه تصرفًا يضر بجاره، نحو أن يبنى فيه حمامًا بين

فـصل: وليس للرجل التصرف فى ملكه بما يضر بجاره، نحو أن يبنى حمامًا بين الدور أو يفتح خـبازًا بين العطارين أو يجعله دكـان قصارة يهز الحـيطان ويخربها أو يحفـر بئرًا إلى

الدور، أو يفتح خبازًا بين العطارين أو يجعله دكان قِصَارَةٍ يهز الحيطان ويخربها، أو يحفر بئرًا إلى جانب بئر جاره يجتذب ماءها، وبهذا قال بعض أصحاب أبى حنيفة، وعن أحمد رواية أخرى: لا يمنع، وبه قال الشافعى وبعض أصحاب أبى حنيفة، لأنه تصرف فى ملكه المختص به، ولم يتعلق به حق غيره فلم يمنع منه، كما لو طبخ فى داره أو خبز فيها وسلموا أن يمنع الدق الذى يهدم الحيطان وينثرها.

ولنا: قول النبى ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» ولأن هذا إضرار بجيرانه، فمنع منه كالدق الذى يهز الحيطان وينثرها، وكسقى الأرض الذى يتعدى إلى هدم حيطان جاره، أو إشعال نار تتعدى إلى إحراقها، قالوا: ههنا تعدت النار التى أضرمها والماء الذى أرسله، فكان مرسلاً لذلك فى ملك غيره، فأشبه ما لو أرسله إليها قصدًا، قلنا: والدخان هو أجزاء الحريق الذى أحرقه، فكان مرسلاً له فى ملك جاره، فهو كأجزاء النار والماء، وأما دخان الخبز والطبيخ فإن ضرره يسير، ولا يمكن التحرز منه وتدخله المسامحة.

فصل: وإن كان سطح أحدهما أعلى من سطح الآخر: فليس لصاحب الأعلى الصعود على سطحه على وجه يشرف على سطح جاره، إلا أن يبنى سترة تستره، وقال الشافعى: لا يلزمه عمل سترة، لأن هذا حاجز بين ملكيهما، فلا يجبر أحدهما عليه كالأسفل.

ولنا: أنه إضرار بجاره، فمنع منه، كدق يهز الحيطان، وذلك لأنه يكشف جاره ويطلع

جانب بئر جاره يجتذب ماءها، وبهذا قال بعض الحنفية، وعن أحمد رواية أخرى: لا يمنع، وبه قال الشافعى وبعض الحنفية، لأنه تصرف فى ملكه المختص به، ولم يتعلق به حق غيره فلم يمنع منه، كما لو طبخ فى داره أو خبز فيها، وسلموا أن يمنع من الدق الذى يهدم الحيطان وينثرها.

ولنا قول النبى ﷺ: «لا ضرر ولا إضرار» ولأن هذا إضرار بجيرانه فمنع منه كالذى سلموه، وكسقى الأرض الذى يتعدى إلى هدم حائط جاره، أو إشعال نار يتعدى إلى إحراقها، قالوا ههنا تعدت النار التى أضرمها، والماء الذى أرسله فكان مرسلاً لذلك فى ملك غيره أشبه ما لو أرسله إليها قصدًا، قلنا: والدخان الذى هو أجزاء الحريق الذى أحرقه فكان مرسلاً له فى ملك جاره فهو كالنار والماء، وأما دخان الخبز والطبيخ فإن ضرره يسير، ولا يمكن التحرز منه وتدخله المسامحة.

فصل: فإن كان سطح أحدهما أعلى من سطح الآخر فليس صاحب الأعلى الصعود على سطحه على وجه يشرف على سطح جاره إلاَّ أن يبنى سترة تستره، وقال الشافعى: لا يلزمه سترة، لأن هذا حاجز بين ملكيهما فلم يجبر أحدهما عليه كالأسفل.

ولنا أنه أضر بجاره فمنع منه كدق يهز الحيطان وذلك أنه يكشف جاره ويطلع على حرمه فأشبه ما لو اطلع عليه من صئر بابه أو خصاصه، وقد دل على المنع من ذلك قول النبى

على حرمه، فأشبه ما لو اطلع عـليه من صير بابه أو خَصَاصه[٢٧]، وقـد دل على المنع من ذلك قول النبى ﷺ : «لو أن رجـلاً اطلع إليك حذفته بحـصاة ففقـأت عينه لم يكن عليك جناح»[٢٨] ويفارق الأسفل، فإن تصرفه لا يضر بالأعلى، ولا يكشف داره.

فصل: إذا كانت بينهما عرصة حائط فاتفقا على قسمها طولاً جاز ذلك، سواء اتفقا على قسمها طولاً أو عرضًـا، لأنها ملكهما ولا تخرج عنهما، وإن اختلفا فطلب أحـدهما قسمها، وهو أن يجعل له نصف الطول فى جميع العرض وللآخر مثله، فـقال أصحابنا: يجبر الممتنع على القسمة وهو مـذهب الشافعى، لأن ذلك لا يضر، فإذا اقتسما اقـترعا، فكان لكل واحد منهما ما تخرج به القـرعة، فإن كان مبنيّا فلا كلام، وإن كان غير مـبنى كان لكل واحد منهما أن يبنى فى نصـيبـه وإن أحب أن يدخل بعض عرصـته فى داره فـعل، وإن أحب أن يزيد فى حائطه من عرصته فعل، ويحتمل أن لا يجبـر على القسمة، لأنها توجب اختصاص كل واحد منهمـا ببعض الحائط المـقابل لملك شريكه وزوال ملك شـريكه فيتضـرر، لأنه لا يقدر على حائط يسـتر ملكه، وربمـا اختار أحـدهما أن لا يبنى حـائطه، فيبـقى ملك كل واحد منهـما مكشوفًا أو يبنيه ويمنع جاره من وضع خشبـه عليه، وهذا ضرر، لا يرد الشرع بالإجبار عليه، **فإن قيل**: فإن كان مشتركًا تمكن أيضًا من منع شريكه وضع خشبه عليه، **قلنا**: إذا كان له عليه رسم وضع خشـبه أو انتفـاع به لم يملك منعه من رسمـه وههنا يملك منعه بالكليـة، وأما إن طلب قسمهـا عرضًا وهو أن يجعل لكل واحد منهما نصف الـعرض فى كمال الطول، نظرنا، فإن كانت العرصة لا تتسع لـحائطين لم يجبر الممتنع من قسمها واخـتلفوا، واختار ابن عقيل أنه يجبر، وهو ظاهر كلام الشافعى لأنها عرصة، فأجبر على قسمها كعرصة الدار.

ولنا: أن فى قسمها ضرراً فلم يجبر الممتنع من قـسمها عليه كالدار الصغيرة، وما ذكروه ينتقض بذلك، وإن كانـت تتسع لحائطين بحيث يحصل لكـل واحد منهما ما يبنى فـيه حائطًا ففى إجبار الممتنع وجهان: **أحدهـما**: يجبر، قال أبو الخطاب لأنه لا ضرر فى القسمة لكون كل واحد منهـما يحصل له ما يندفع به حـاجته، فأشـبه عرصة الدار التى يحـصل لكل واحد منهما ما يبنى فيه دارًا، **والثانى**: لا يجبر، ذكره القاضى: لأن هذه القسمة لا تقع فيها قرعة، لأننا لو أقرعنا بينهـما لم نأمن أن تخرج قرعـة كل واحد منهما على ما يـلى ملك جاره، فلا

ﷺ : «لو أن رجلاً اطلع إليك فـحذفته بحصـاة ففقأت عـينه لم يكن عليك جناح» ويفارق الأسفل فإن تصرفه لا يضر بالأعلى ولا يكشف داره.

---

(٢٧) **صير بابه أو خصاصه**: شقه عند ملتقى الرتاج والعضادة، والخصاص: جمع الخصاصة، وهى الفرجة أو الخلل أو الخزق فى باب أو غيره.

(٢٨) أخرجـه البخارى (١٢/ ٦٩٠٢/ فتح) ومسلم (٣/ آداب/ ١٦٩٩/ ٢١٥٨) وأحمـد فى مسنده (٢/ ٢٤٣، ٤٢٨).

ينتفع به، فلو أجبرناه على القسمة لأجبرناه على أخذ ما يلى داره من غير قرعة، وهذا لا نظير له، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين، ومتى اقتسما العرصة طولاً فبنى كل واحد منهما لنفسه حائطًا وبقيت بينهما فرجة لم يجبر أحدهما على سدها، ولم يمنع من سدها، لأن ذلك يجرى مجرى بناء الحائط فى عرصته.

فصل: وإن كان بينهما حائط فاتفقا على قسمته طولاً جاز ويعلم بين نصيبيهما بعلامة، وإن اتفقا على قسمته عرضًا، فقال أصحابنا: يجوز القسمة، لأن الحق لهما لا يخرج عنهما فأشبه العرصة، ويحتمل أن لا تجوز القسمة، لأنها لا تكون إلا بتمييز نصيب أحدهما من الآخر بحيث يمكنه الانتفاع بنصيبه دون نصيب صاحبه، وههنا لا يتميز، ولا يمكن انتفاع أحدهما بنصيبه منفردًا، لأنه إن وضع خشبه على أحد جانبى الحائط كان ثقله على الحائط كله، وإن فتح فيه طاقًا يضعفه كله، وإن وقع بعضه تضرر النصيب الآخر، وإن طلب أحدهما قسمه وأبى الآخر، فذكر القاضى: أن الحكم فى الحائط كالحكم فى عرصته، سواء ولا يجبر على قسم الحائط، إلا أن يطلب أحدهما قسمه طولاً، ويحتمل أن لا يجبر على قسمه أيضًا وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى، لأنهما إن قطعاه بينهما فقد أتلفا جزءًا من الحائط ولا يجبر الممتنع من ذلك كما لو كان بينهما ثوب فطلب أحدهما قطعه، وإن لم يقطع وعلَّما علامة على نصفه كان انتفاع أحدهما بنصيبه انتفاعًا بنصيب الآخر، ووجه الأول: أنه يجبر على قسم الدار وقسم حائطها المحيط بها، وكذلك قسم البستان وحائطه، ولا يجبر على القطع المضر، بل يعلمه بخط بين نصيبيهما، ولا يلزم من ذلك انتفاع أحدهما بنصيب الآخر وإن اتصل به بدليل الحائط المتصل فى دارين، والله أعلم.

كتاب الحوالة والضمان

الحوالة ثابتة بالسنة والإجماع، أما السنة: فما روى أبو هريرة أن النبى ﷺ قال: «مطل الغنى ظلم، وإذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع»[١] متفق عليه، وفى لفظ «من أحيل بحقه على ملىء فليحتل»[٢] وأجمع أهل العلم على جواز الحوالة فى الجملة[٣]، واشتقاقها من تحويل الحق من ذمة، إلى ذمة وقد قيل: إنها بيع فإن المحيل يشترى ما فى ذمته بما له فى ذمة المحال عليه، وجاز تأخير القبض رخصة لأنه موضوع على الرفق فيدخلها المجلس لذلك، والصحيح: أنها عند إرفاق منفرد بنفسه ليس بمحمول على غيره، لأنها لو كانت بيعًا لما جازت لكونها دين بدين، ولما جاز التفرق قبل القبض، لأنه بيع مال الربا بجنسه: ولجازت بلفظ البيع، ولجازت بين جنسين كالبيع كله، ولأن لفظها يشعر بالتحول لا بالبيع فعلى هذا لا يدخلها خيار وتلزم بمجرد العقد وهذا أشبه بكلام أحمد وأصوله، ولا بد فيها من محيل ومحتال عليه، ويشترط فى صحتها: رضى المحيل بلا خوف، فإن الحق عليه ولا يتعين عليه جهة قضائه، وأما المحتال والمحال عليه فلا يعتبر رضاهما على ما سنذكره إن شاء الله تعالى.

باب الحوالة

الحوالة ثابتة بالسنة والإجماع، أما السنة: فما روى أبو هريرة أن النبى ﷺ قال: «مطل الغنى ظلم، وإذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع» متفق عليه، وفى لفظ «من أحيل بحقه على ملىء فليحتل» وأجمع أهل العلم على جواز الحوالة فى الجملة، واشتقاقها من تحويل الحق من ذمة إلى ذمة، وقد قيل: إنها بيع، فإن المحيل يشترى ما فى ذمته بما له فى ذمة المحال عليه، وجاز تأخير القبض رخصة، لأنه موضوع على الرفق فيدخلها خيار المجلس لذلك، والصحيح أنها عقد إرفاق منفرد بنفسه ليس بمحمول على غيره، لأنها لو كانت بيعًا لما جازت، لأنه بيع دين بدين ولما جاز التفرق قبل القبض، لأنه بيع مال الربا بجنسه، ولجازت بلفظ البيع، ولجازت بين جنسين كالبيع، ولأن لفظها يشعر بالتحول لا بالبيع، فعلى هذا لا يدخلها خيار، وتلزم بمجرد العقد، وهذا أشبه بكلام أحمد وأصوله، ولا بد فيها من محيل ومحتال ومحال عليه.

---

(١) أخرجه البخارى (٤/ ح ٢٢٨٧/ فتح) ومسلم (٣/ مساقاة/ ١١٩٧/ ٣٣) وأبو داود (٣/ ح ٣٣٤٥) والترمذى (٣/ ح ١٣٠٨) والنسائى (٧/ ح ٤٧٠٥) وابن ماجه والدارمى وأحمد ومالك.

(٢) أخرجه أحمد فى مسنده (٢/ ٤٦٣) والبيهقى فى السنن (٦/ ٧٠) وإسناده صحيح.

(٣) ينظر لابن المنذر فى الإجماع كتاب «الحوالة».

٨٢٠- **مسألة:** قال: **(ومن أحيل بحقه على من عليه مثل ذلك الحق فرضى فقد برئ المحيل أبدًا)**.

ومن شرط صحة الحوالة شروط أربعة:

أحدها: تماثل الحقين، لأنها تحويل للحق ونقل له، فينقل على صفته ويعتبر تماثلهما فى أمور ثلاثة: **أحدها:** الجنس، فيحيل من عليه ذهب بذهب ومن عليه فضة بفضة ولو أحال من عليه ذهب بفضة أو من عليه فضة بذهب لم يصح. **الثانى:** الصفة: فلو أحال من عليه صحاح بمكسرة، أو من عليه مصرية بأميرية لم يصح. **الثالث:** الحلول والتأجيل، ويعتبر

أ- **مسألة: (والحوالة تنقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه فلا يملك المحتال الرجوع عليه بحال).**

إذا صحت الحوالة برئت ذمة المحيل، وانتقل الحق إلى ذمة المحال عليه فى قول عامة أهل العلم، وروى عن الحسن أنه كان لا يرى الحوالة براءة إلا أن يبرئه، وعن زفر أنه قال: لا تنقل الحق وأجراها مجرى الضمان.

ولنا أن الحوالة مشتقة من تحويل الحق، بخلاف الضمان فإنه مشتق من ضم ذمة إلى ذمة، فعلق على كل واحد مقتضاه وما دل عليه لفظه، إذا ثبت ذلك فمتى رضى بها المحتال ولم يشترط اليسار لم يعد الحق إلى المحيل أبدًا سواء أمكن استيفاء الحق أو تعذر لمطل أو فلس أو موت أو غيره، وبه قال الليث والشافعى وأبو عبيد وابن المنذر، وهو ظاهر كلام الخرقى، وقال شريح والشعبى والنخعى: متى أفلس أو مات رجع على صاحبه، وقال أبو حنيفة: يرجع عليه فى حالين: إذا مات المحال عليه مفلسًا، وإذا جحده وحلف عليه عند الحاكم، وقال أبو يوسف ومحمد: يرجع عليه فى هاتين الحالتين، وإذا حجر عليه لفلس، لأنه روى عن عثمان أنه سئل عن رجل أحيل بحقه فمات المحال عليه مفلسًا، فقال: يرجع بحقه، لأنه لا توى على مال امرئ مسلم، ولأنه عقد معاوضة لم يسلم العوض فيه لأحد المتعاوضين فكان له الفسخ كما لو اعتاض بثوب فلم يسلم إليه.

ولنا: أن حزنًا جد سعيد بن المسيب كان له على علىٍّ رضي الله عنه دين، فأحاله به فمات المحال عليه فأخبره، فقال: اخترت علينا أبعدك الله فأبعده بمجرد احتياله، ولم يخبره أن له الرجوع، ولأنها براءة من دين ليس فيها قبض ممن هى عليه ولا ممن يدفع عنه فلم يكن فيها رجوع كما لو أبرأه من الدين، وحديث عثمان لم يصح، يرويه خالد بن جعفر عن معاوية بن قرة عن عثمان ولم يصح سماعه، وقد روى أنه قال فى حوالة أو كفالة، وهذا يوجب التوقف، ولو صح كان قول علىٍّ مخالفًا له، وقولهم هو معاوضة لا يصح، لأنه يفضى إلى بيع الدين بالدين وهو منهى عنه، ويفارق المعاوضة بالثوب، لأن فى ذلك قبضًا يقف استقرار العقد عليه، وههنا الحوالة بمنزلة القبض وإلا كان بيع دين بدين.

اتفاق أجل المؤجلين، فإن كان أحدهما حالاً والآخر مؤجلاً أو أجل أحدهما إلى شهر والآخر إلى شهرين لم تصح الحوالة ولو كان الحقان حالين، فشرط على المحتال أن يقبض حقه أو بعضه بعد شهر لم تصح الحوالة، لأن الحال لا يتأجل، ولأنه شرط ما لو كان ثابتًا فى نفس الأمر لم تصح الحوالة، فكذلك إذا شرطه وإذا اجتمعت هذه الأمور وصحت الحوالة وتراضيًا بأن يدفع المحال عليه خيراً من حقه، أو رضى المحتال بدون الصفة، أو رضى من عليه المؤجل بتعجيله، أو رضى من له الحال بإنظاره جاز، لأن ذلك يجوز فى القرض ففى الحوالة أولى، وإن مات المحيل أو المحال فالأجل بحاله، وإن مات المحال عليه ففى حلول الحق روايتان مضى ذكرهما.

الشرط الثانى: أن تكون على دين مستقر، ولا يعتبر أن يحيل بدين مستقر، إلا أن السَّلَمَ لا تصح الحوالة به ولا عليه، لأن دين السلم ليس بمستقر لكونه يعرض الفسخ لانقطاع المسلم فيه، ولا تصح الحوالة به، لأنها لم تصح إلا فيما يجوز أخذ العوض عنه، والسلم لا يجوز أخذ العوض عنه لقول النبى ﷺ: «من أسلم فى شىء فلا يصرفه إلى غيره»(٤) ولا تصح الحوالة على المكاتب بمال الكتابة، لأنه غير مستقر فإن له أن يمتنع من أدائه ويسقط بعجزه، وتصح الحوالة عليه بدين غير دين الكتابة، لأن حكمه حكم الأحرار فى المداينات، وإن أحال المكاتب سيده بنجم قد حل عليه صح وبرئت ذمة المكاتب بالحوالة، ويكون ذلك بمنزلة القبض، وإن أحالت المرأة على زوجها بصداقها قبل الدخول لم يصح، لأنه غير مستقر

2- مسألة: (ولا تصح إلا بشروط ثلاثة أحدها: أن يحيل على دين مستقر فإن أحال على مال الكتابة أو السلم قبل قبضه أو الصداق قبل الدخول لم يصح، وإن أحال المكاتب سيده أو الزوج امرأته صح).

لا تصح الحوالة على دين غير مستقر، لأن مقتضاها إلزام المحال عليه الدين مطلقًا ولا يثبت ذلك فيما هو بعرض السقوط ولا يعتبر أن يحيل بدين مستقر إلا أن السلم لا تصح الحوالة به ولا عليه، لأن دين السلم ليس بمستقر لكونه متعرضًا للفسخ بانقطاع المسلم فيه، ولا تصح الحوالة به، لأنها لا تصح إلا فيما يجوز أخذ العوض عنه، ولا يجوز ذلك فى السلم، لقوله ﷺ: «من أسلف فى شىء فلا يصرفه إلى غيره» فلا تصح الحوالة على المكاتب بمال الكتابة، لأنه غير مستقر، لأن له أن يمتنع من أدائه ويسقط بعجزه وتصح الحوالة عليه بدين غير دين الكتابة، لأن حكمه حكم الأحرار فى المداينات، وإن أحال المكاتب سيده بنجم قد حل عليه صح، وبرئت ذمة المكاتب بالحوالة ويكون ذلك بمنزلة القبض، وإن أحالت المرأة على زوجها بصداقها قبل الدخول لم يصح لأنه غير مستقر يحتمل

---

(٤) أخرجه أبو داود (٣/ ح ٣٤٦٨) بلفظ (من أسلف) وابن ماجه (٢/ ح ٢٢٨٣) وإسناده ضعيف.

وإن أحالها الزوج به صح، لأنه له تسليمه إليها وحوالته به تقوم مقام تسليمه، وإن أحالت به بعد الدخول صح لأنه مستقر، وإن أحال البائع بالثمن على المشترى فى مدة الخيار لم يصح فى قياس ما ذكرنا، وإن أحاله المشترى به صح، لأنه بمنزلة الوفاء وله الوفاء قبل الاستقرار، وإن أحال البائع بالثمن على المشترى ثم ظهر على عيب لم يتبين أن الحوالة كانت باطلة لأن الثمن كان ثابتًا مستقرًا والبيع كان لازمًا، وإنما ثبت الجواز عند العلم بالعيب بالنسبة إلى المشترى، ويحتمل أن تبطل الحوالة، لأن سبب الجواز عيب المبيع، وقد كان موجودًا وقت الحوالة، وكل موضع أحال من عليه دين غير مستقر به ثم سقط الدين، كالزوجة ينفسخ نكاحها بسبب من جهتها، أو المشترى يفسخ البيع ويرد المبيع، فإن كان ذلك قبل القبض من المحال عليه ففيه وجهان: **أحدهما:** تبطل الحوالة لعدم الفائدة فى بقائها ويرجع المحيل بدينه ~~على المحال عليه، **والثانى:** لا تبطل، لأن الحق انتقل عن المحيل فلم يعد إليه،~~ وثبت للمحتال فلم يزل عنه، ولأن الحوالة بمنزلة القبض، فكأن أقبض المحتال دينه فيرجع عليه به ويأخذ المحتال من المحال عليه، وسواء تعذر القبض من المحال عليه أو لم يتعذر، وإن كان بعد القبض لم يبطل وجهًا واحدًا، ويرجع المحيل على المحتال به.

فصل: وإن أحال من لا دين له عليه رجلاً على آخر له عليه دين، فليس ذلك بحوالة، بل هى وكالة تثبت فيه أحكامها، لأن الحوالة مأخوذة من تحول الحق وانتقاله، ولا حق ههنا

أن يسقط بانفساخ النكاح بسبب من جهتها، وإن أحالها الزوج به صح، لأن له تسليمه إليها، وحوالته به تقوم مقام تسليمه، وإن أحالت به بعد الدخول صح، لأنه مستقر، وإن أحال البائع بالثمن على المشترى فى مدة الخيار لم يصح فى قياس ما ذكرنا، وإن أحاله المشترى به صح لأنه بمنزلة الوفاء قبل الاستقرار، وإن أحال البائع بالثمن على المشترى ثم ظهر على عيب لم يتبين أن الحوالة كانت باطلة لأن الثمن كان ثابتًا مستقرًا والبيع كان لازمًا، وإنما ثبت الجواز بعد العلم بالعيب بالنسبة إلى المشترى، ويحتمل أن تبطل الحوالة، لأن سبب الجواز عيب المبيع وقد كان موجودًا وقت الحوالة، وكل موضع أحال من عليه دين غير مستقر به ثم سقط الدين كالزوجة ينفسخ نكاحها بسبب من جهتها أو المشترى يفسخ البيع ويرد المبيع، فإن كان ذلك قبل القبض من المحال عليه ففيه وجهان: **أحدهما:** تبطل الحوالة لعدم الفائدة فى بقائها ويرجع المحيل بدينه على المحال عليه **والثانى:** لا تبطل، لأن الحق انتقل عن المحيل فلم يعد إليه وثبت للمحتال فلم يزل عنه ولأن الحوالة بمنزلة القبض فكأن المحيل أقبض المحتال فيرجع عليه به، ويأخذ المحتال من المحال عليه، وسواء تعذر القبض من المحال عليه أو لم يتعذر، وإن كان بعد القبض لم تبطل وجهًا واحدًا، ويرجع المحيل على المحتال به.

فصل: وإن أحال من لا دين عليه على من له عليه دين فهى وكالة يثبت فيها أحكامها، وليست بحوالة، لأن الحوالة مأخوذة من تحويل الحق وانتقاله، ولا حق ههنا ينتقل ويتحول،

ينتقل ويتحول وإنما جازت الوكالة بلفظ الحوالة، لاشتراكهما فى المعنى، وهو استحقاق الوكيل مطالبة من عليه الدين كاستحقاق المحتال مطالبة المحال عليه، وتحول ذلك إلى الوكيل كتحوله إلى المحيل، وإن أحال من عليه دين من لا دين عليه فليست حوالة أيضًا، نص عليه أحمد، فلا يلزم المحال عليه الأداء، ولا المحتال قبول ذلك، لأن الحوالة معاوضة، ولا معاوضة ههنا، وإنما هو اقتراض، فإن القبض المحتال منه الدين رجع على المحيل، لأنه قرض، وإن أبرأه ولم يقبض منه شيئًا لم تصح البراءة لأنها براءة لمن لا دين عليه، وإن قبض منه الدين ثم وهبه إياه رجع المحال عليه على المحيل به، لأنه قد غرم عنه، وإنما عاد إليه المال بعقد مستأنف، ويحتمل أن لا يرجع عليه لكونه ما غرم عنه شيئًا، وإن أحال من لا دين عليه فهى وكالة فى اقتراض، وليست حوالة، لأن الحوالة إنما تكون بدين على دين، ولم يوجد واحد منهما.

وإنما جازت الوكالة بلفظ الحوالة لاشتراكهما فى استحقاق الوكيل مطالبة من عليه الدين كاستحقاق المحتال مطالبة المحال عليه، وتحول ذلك إلى الوكيل كتحوله إلى المحتال، وإن أحال من عليه دين على من لا دين عليه فليست حوالة، نص عليه أحمد فلا يلزم المحال عليه الأداء ولا المحتال القبول، لأن الحوالة معاوضة، ولا معاوضة ههنا، وإنما هو اقتراض، فإن قبض المحتال منه الدين رجع على المحيل، لأنه قرض وإن أبرأه لم تصح البراءة، لأنها براءة لمن لا دين عليه، وإن وهبه إياه بعد أن قبضه منه رجع المحال عليه على المحيل به، لأنه قد غرم عنه وإنما عاد إليه المال بعقد مستأنف، ويحتمل أن لا يرجع إليه، لكونه ما غرم عنه شيئًا، وإن أحال من لا دين عليه على من لا دين عليه فهى وكالة فى اقتراض وليست حوالة، لأن الحوالة إنما تكون بدين على دين **الشرط الثانى**: اتفاق الدينين فى الجنس والصفة والحلول والتأجيل، لأنها تحويل للحق ونقل له، فينتقل على صفته، ويعتبر تماثلهما فى الأمور المذكورة: **أحدها**: الجنس فيحيل من عليه ذهب بذهب، ومن عليه فضة بفضة، ولو أحال من عليه ذهب بفضة أو بالعكس لم يصح **الثانى**: الصفة فلو أحال من عليه صحاح بمكسرة، أو من عليه مصرية بأميرية لم يصح **الثالث**: الحلول والتأجيل، ويعتبر اتفاق أجل المؤجلين، فإن كان أحدهما حالاً والآخر مؤجلاً أو كان أحدهما إلى شهر والآخر إلى شهرين لم تصح الحوالة، ولو كان الحقان حالين فشرط على المحتال أن يؤخر حقه أو بعضه إلى أجل لم تصح الحوالة، لأن الحال لا يتأجل، ولأنه شرط ما لو كان ثابتًا فى نفس الأمر لم تصح الحوالة فكذلك إذا اشترطه، فإذا اجتمعت هذه الأمور وصحت الحوالة فتراضيا بأن يدفع المحال عليه إلى المحتال خيراً من حقه، أو رضى المحتال بدون الصفة أو رضى من عليه المؤجل بتعجيله أو من له الحال بإنظاره جاز، لأن ذلك يجوز فى القرض ففى الحوالة أولى، فإن مات المحيل أو المحتال فالأجل بحاله، وإن مات المحال عليه انبنى على حلول الدين

فصل: الشرط الثالث: أن تكون بمال معلوم، لأنها إن كانت بيعًا فلا تصح فى مجهول. وإن كانت تحول الحق فيعتبر فيها التسليم، والجهالة تمنع منه، فتصح بكل ما يثبت مثله فى الذمة بالإتلاف من الأثمان والحبوب والأدهان، ولا تصح فيما لا يصح السلم فيه، لأنه لا يثبت فى الذمة، ومن شرط الحوالة تساوى الدينين، فأما ما يثبت فى الذمة سلمًا غير المثليات كالمذروع والمعدود، ففى صحة الحوالة به وجهان: **أحدهما:** لا تصح، لأن المثل فيه لا يتحرر، ولهذا لا يضمنه بمثله فى الإتلاف وهذا ظاهر مذهب الشافعى. **والثانى:** تصح ذكره القاضى، لأنه حق ثابت فى الذمة، فأشبه ما له مثل، ويحتمل أن يخرج هذان الوجهان على الخلاف فيما يقتضى به قرض هذه الأموال، فإن كان عليه إبل من الدية وله على آخر مثلها فى السن، فقال القاضى: تصح، لأنها تختص بأقل ما يقع عليه الاسم فى السن والقيمة وسائر الصفات، وقال أبو الخطاب: لا تصح فى أحد الوجهين، لأنها مجهولة، ولأن الإبل ليست من المثليات التى تضمن بمثلها فى الإتلاف ولا تثبت فى الذمة سلمًا فى رواية وإن كان عليه إبل من دية وله على آخر مثلها قرضًا فأحاله عليه، فإن قلنا: يرد فى القرض قيمتها لم تصح الحوالة لاختلاف الجنس، وإن قلنا: يرد مثلها اقتضى قول القاضى صحة الحوالة، لأنه أمكن استيفاء الحق على صفته من المحال عليه، ولأن الخيرة فى التسليم إلى من عليه الدين، وقد رضى بتسليم ما له فى ذمة المقترض، وإن كانت بالعكس فاحتال المقرض بإبل الدية لم

بالموت، وفيه روايتان **الشرط الثالث:** أن يحيل برضاه، لأن الحق عليه فلا يلزمه أداؤه من جهة الدين الذى على المحال عليه ولا خلاف فى هذا.

فصل: ويعتبر لصحة الحوالة أن تكون بمال معلوم، لأنها إن كانت بيعًا فلا يصح فى مجهول، وإن كانت تحول الحق فيعتبر فيها التسليم، والجهالة تمنع منه، فتصح بكل ما يثبت فى الذمة بالإتلاف من الأثمان والحبوب والأدهان، ولا تصح فيما لا يصح السلم فيه، لأنه لا يثبت فى الذمة، ومن شرط الحوالة تساوى الدينين، فأما ما يثبت فى الذمة سلمًا غير المثليات كالمعدود والمذروع ففى صحة الحوالة به وجهان: **أحدهما:** لا يصح، لأن المثل فيه لا يتحرر، ولهذا لا يضمن بمثله فى الإتلاف، وهذا ظاهر مذهب الشافعى **والثانى:** يصح ذكره القاضى، لأنه حق ثابت فى الذمة فأشبه ما له مثل، ويحتمل أن يخرج هذان الوجهان على الخلاف فيما يقضى به قرض هذه الأموال، فإن كان عليه إبل من الدية وله على آخر مثلها فى السن فقال القاضى: يصح، لأنها تختص بأقل ما يقع عليه الاسم فى السن والقيمة وسائر الصفات، وقال أبو الخطاب: لا تصح فى أحد الوجهين، لأنها مجهولة، ولأن الإبل ليست من المثليات التى تضمن بمثلها فى الإتلاف فلا تثبت فى الذمة سلمًا فى رواية، وإن كان عليه إبل فى دية وله على آخر مثلها قرضًا فأحاله عليه، فإن قلنا يرد القرض قيمتها لم تصح

تصح، لأننا إن قلنا: تجب القيمة فى القرض، فقد اختلف الجنس، وإن قلنا: يجب المثل فللمقرض مثل ما أقرض فى صفاته وقيمته، والذى عليه الدية لا يلزمه ذلك.

فصل: الشرط الرابع: أن يحيل برضائه لأن الحق عليه فلا يلزمه أداؤه من جهة الدين الذى على المحال عليه، ولا خلاف فى هذا، فإذا اجتمعت شروط الحوالة وصحت برئت ذمة المحيل فى قول عامة الفقهاء، إلا ما يروى عن الحسن، أنه كان لا يرى الحوالة براءة إلا أن يبرئه، وعن زفر أنه قال: لا تنقل الحق، وأجراها مجرى الضمان وليس بصحيح، لأن الحوالة مشتقة من تحويل الحق، بخلاف الضمان، فإنه مشتق من ضم ذمة إلى ذمة، فعلق على كل واحد مقتضاه وما دل عليه لفظه، إذا ثبت أن الحق انتقل فمتى رضى بها المحتال ولم يشترط اليسار لم يعد الحق إلى المحيل أبدًا، سواء أمكن استيفاء الحق أو تعذر لمطل أو فلس أو موت أو غير ذلك، هذا ظاهر كلام الخرقى، وبه قال الليث والشافعى وأبو عبيد وابن المنذر، وعن أحمد ما يدل على أنه إذا كان المحال عليه مفلسًا ولم يعلم المحتال بذلك فله الرجوع

الحوالة لاختلاف الجنس، وإن قلنا: يرد مثلها اقتضى قول القاضى صحة الحوالة. لأنه أمكن استيفاء الحق على صفته من المحال عليه، ولأن الخيرة فى التسليم إلى من عليه الدية وقد رضى بتسليم ماله فى ذمة المقترض، فإن كانت بالعكس فاحتال المقرض بإبل الدية لم يصح، لأننا إن قلنا: تجب القيمة فى القرض فقد اختلف الجنس، وإن قلنا: يجب المثل فللمقرض مثل ما أقرض فى صفاته وقيمته والذى عليه الدية لا يلزمه ذلك.

3- مسألة: (ولا يعتبر رضى المحال عليه ولا رضى المحتال إن كان المحال عليه مليئًا).

أما المحال عليه فلا يعتبر رضاه، لأن للمحيل أن يستوفى الحق بنفسه وبوكيله، وقد أقام المحتال مقام نفسه فى القبض، فلزم المحال عليه الدفع إليه كالوكيل، وإنما تعتبر الملاءة فى رضى المحتال بقرض الملىء غير المعدم، قال الشاعر:

تُطِيلِينَ لَيَّانِي وأَنْتِ مَلِيئَةٌ ... وأُحسِنُ يا ذَاتَ الوِشَاحِ التَّقَاضِيَا

يعنى: قادرة على وفائى، قال أحمد فى تفسير الملىء: أن يكون مليئًا بماله وقوله وبدنه فمتى أحيل على من هذه صفته لزم المحتال والمحال عليه القبول ولم يعتبر رضاهما، وقال أبو حنيفة: يعتبر رضاهما، لأنه معاوضة فيعتبر الرضا من المتعاقدين، وقال مالك والشافعى: يعتبر رضى المحتال، لأن حقه فى ذمة المحيل فلا يجوز نقله إلى غيرها بغير رضاه كما لا يجوز أن يجبره على أن يأخذ بالدين عوضًا، فأما المحال عليه فقال مالك: لا يعتبر رضاؤه إلاَّ أن يكون المحتال عدوه، وللشافعى فى اعتبار رضاه قولان: **أحدهما:** يعتبر وهو يحكى عن الزهرى، لأنه أحد من تتم به الحوالة فأشبه المحيل. **والثانى:** لا يعتبر، لأنه أقامه فى القبض مقام نفسه فلم يفتقر إلى رضى من عليه الحق كالتوكيل.

إلا أن يرضى بعد العلم، وبه قال جماعة من أصحابنا، ونحوه قول مالك، لأن الفلس عيب فى المحال عليه، فكان له الرجوع، كما لو اشترى سلعة فوجدها معيبة، ولأن المحيل غره، فكان له الرجوع كما لو دلس المبيع، وقال شريح والشعبى والنخعى: متى أفلس أو مات رجع على صاحبه، وقال أبو حنيفة: يرجع عليه فى حالين إذا مات المحال عليه مفلسًا، وإذا جحده وحلف عليه عند الحاكم، وقال أبو يوسف ومحمد: يرجع عليه فى هاتين الحالتين، وإذا حجر عليه لفلس، لأنه روى عن عثمان «أنه سئل عن رجل أحيل فمات المحال عليه مفلسًا، فقال: يرجع بحقه، لا تَوَى[٥] على مال امرئ مسلم» ولأنه عقد معاوضة لم يسلم العوض فيه لأحد المتعاوضين، فكان له الفسخ كما لو اعتاض بثوب فلم يسلم إليه.

ولنا: أن حَزْنًا جد سعيد بن المسيب كان له على عليٍّ ﷺ دين فأحاله به فمات المحال عليه، فأخبره فقال: اخترت علينا أبعدك الله فأبعده بمجرد احتياله، ولم يخبره أن له الرجوع، ولأنها براءة من دين ليس فيها قبض ممن عليه ولا ممن يدفع عنه، فلم يكن فيها رجوع كما لو برأه من الدين، وحديث عثمان لم يصح، يرويه خالد بن جعفر عن معاوية بن قرة عن عثمان، ولم يصح سماعه منه، وقد روى أنه قال فى حوالة أو كفالة وهذا يوجب التوقف ولا يصح، ولو صح كان قول على مخالفًا له، وقولهم: إنه معاوضة لا يصح، لأنه يفضى إلى بيع الدين بالدين وهو منهى عنه، ويفارق المعاوضة بالثوب، لأنه فى ذلك قبضًا يقف استقرار العقد عليه، وههنا الحوالة بمنزلة القبض وإلا كان بيع دين بدين.

فصل: فإن شرط ملاءة المحال عليه فبان معسراً رجع على المحيل، وبه قال بعض الشافعية، وقال بعضهم: لا يرجع، لأن الحوالة لا ترد بالإعسار إذا لم يشترط الملاءة فلا ترد به، وإن شرط كما لو اشترط كونه مسلمًا، ويفارق البيع، فإن الفسخ يثبت بالإعسار فيه من غير شرط، بخلاف الحوالة.

ولنا: قول النبى ﷺ: «إذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع»[أ] ولأن للمحيل أن يوفى الحق الذى عليه بنفسه وبوكيله وقد أقام المحال عليه مقام نفسه فى التقبيض فلزم المحتال القبول كما لو وكل رجلاً فى إيفائه، وفارق ما إذا أراد أن يعطيه عما فى ذمته عرضًا، لأنه يعطيه غير ما وجب له فلم يلزمه قبوله، وإن لم يكن المحال عليه مليئًا لم يلزمه أن يحتال، لمفهوم الحديث، ولأن عليه ضرراً فى ذلك فلم يلزمه كما لو بذل له دون حقه فى الصفة.

فصل: فإن شرط المحتال ملاءة المحال عليه فبان معسراً رجع على المحيل، وبه قال بعض الشافعية، وقال بعضهم: لا يرجع، لأن الحوالة لا ترد بالإعسار إذا لم يشترط الملاءة

---

(٥) التوى: الهلاك.

(أ) أخرجه البخارى (٤/ ح ٢٢٨٧/ فتح) ومسلم (٣/ مساقاة/ ١١٩٧/ ٣٣) وأبو داود (٣٣٤٥) والترمذى (١٣٠٨) والنسائى (٤٧٠٥).

ولنا: قول النبى ﷺ: «المسلمون على شروطهم»(٦) ولأنه شرط ما فيه مصلحة العقد فى عقد معاوضة، فيثبت الفسخ بفواته كما لو اشترط صفة فى المبيع، وقد يثبت بالشرط ما لا يثبت بإطلاق العقد، بدليل استراط صفة فى المبيع.

فصل: ولو لم يرض المحتال بالحوالة، ثم بان المحال عليه مفلسًا أو ميتًا رجع على المحيل بلا خلاف، فإن لا يلزمه الاحتيال على غير مليء لما عليه فيه من الضرر، وإنما أمر النبى ﷺ بقبول الحوالة إذا أحيل على مليء ولو أحاله على مليء فلم يقبل حتى أعسر، فله الرجوع أيضًا على ظاهر قول الخرقى، لكونه اشترط فى براءة المحيل إبداء رضى المحتال.

٨٢١- مسألة: قال: (**ومن أحيل بحقه على مليء فواجب عليه أن يحتال**).

المليء: هو القادر على الوفاء، جاء فى الحديث عن النبى ﷺ أنه قال: «إن الله تعالى يقول: من يُقْرِضُ المليء غَيْرَ الْمُعْدِمِ»(٧) وقال الشاعر:

تُطِيلِينَ لَيَّانِى، وَأَنْتِ مَلِيئَةٌ ... وأُحْسِنُ يا ذَاتَ الوِشَاحِ التَّقَاضِيَا(*)

فلا ترد به وإن شرط، كما لو شرط كونه مسلمًا، ويفارق البيع، فإن الفسخ يثبت بالإعسار فيه من غير شرط بخلاف الحوالة.

ولنا قول النبى ﷺ: «المسلمون على شروطهم»(2) ولأنه شرط ما فيه مصلحة العقد فى عقد معاوضة فيثبت الفسخ بفواته كما لو شرط صفة فى المبيع، وقد يثبت بالشرط ما لا يثبت بإطلاق العقد بدليل اشتراط صفة فى المبيع.

4- مسألة: (**وإن ظنه مليئًا فبان مفلسًا ولم يكن رضى بالحوالة رجع عليه وإلا فلا، ويحتمل أن يرجع**).

أما إذا لم يرض المحتال بالحوالة ثم بان المحال عليه مفلسًا أو ميتًا رجع على المحيل بغير خلاف، ولا يلزمه الاحتيال على غير المليء لما عليه فيه من الضرر، وإنما أمر النبى ﷺ بقبول الحوالة على المليء، وإن كان رضى بالحوالة لم يرجع، لأنه رضى بدون حقه، ويحتمل أن يرجع لأن الفلس عيب فى الذمة فأشبه ما لو اشترى شيئًا يظنه سليمًا فبان معيبًا.

---

(٦) أخرجه البخارى معلقًا (٤/ ٥٢٧) من كتاب الإجارة ووصله أبو داود (٣/ ح ٣٥٩٤) والحاكم (٢/ ٤٩) والبيهقى (٦/ ٧٩) وابن عدى فى الكامل (٥/ ٦٨) وانظر إرواء الغليل (١٣٠٣) وهو صحيح.

(٧) أخرجه مسلم (١/ صلاة المسافرين/ ٥٢٢/ ١٧١) بلفظ: من يقرض غير عديم ولا ظلوم من حديث أبى هريرة، وفى رواية: «من يقرض غير عدوم ولا ظلوم» من حديث سعد بن سعيد.

(عديم/ عدوم) قال أهل اللغة: يقال أعدم الرجل، إذا افتقر فهو معدم وعديم وعدوم. اهـ.

(*) البيت لذى الرُّمة، وهو غيلان بن عقبة بن بُهيس ويكنى أبا الحارث وكان أحد عشاق العرب المشهورين بذلك، وصاحبته مية بنت فلان بن طلبة بن قيس بن عاصم بن سنان. انظر ديوانه (٢/ ٣٠٦).

(2) أخرجه البخارى معلقًا (٤/ ٥٢٧) فى كتاب الإجارة، وأبو داود (٣٥٩٤) والحاكم (٢/ ٤٩) والبيهقى (٦/ ٧٩) وإسناده صحيح.

يعنى: قادرة على وفائى، والظاهر أن الخرقى أراد بالمليء ههنا القادر على الوفاء غير الجاحد ولا المماطل، قال أحمد فى تفسير المليء: كان المليء عنده أن يكون مليّا بماله وقوله وبدنه ونحو هذا، فإذا أحيل على من هذه صفته لزم المحتال والمحال عليه القبول ولم يعتبر رضاهما، وقال أبو حنيفة: يعتبر رضاهما، لأنها معاوضة فيعتبر الرضا من المتعاقدين، وقال مالك والشافعى: يعتبر رضى المحتال، لأن حقه فى ذمة المحيل فلا يجوز نقله إلى غيرها بغير رضاه، كما لا يجوز أن يجبره على أن يأخذ بالدين عرضًا، فأما المحال عليه فقال مالك: لا يعتبر رضاه إلا أن يكون المحتال عدوه، وللشافعى فى اعتبار رضائه قولان: **أحدهما:** يعتبر وهو يحكى عن الزهرى، لأنه أحد من تتم به الحوالة، فأشبه المحيل، **والثانى:** لا يعتبر، أنه أقامه فى القبض مقام نفسه، فلم يفتقر إلى رضى من عليه الحق كالتوكيل.

ولنا: قول النبى ﷺ: «إذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع» ولأن للمحيل أن يوفى الحق الذى عليه بنفسه وبوكيله، وقد أقام المحال عليه مقام نفسه فى التقبيض فلزم المحال القبول، كما لو وكّل رجلاً فى إيفائه، وفارق ما إذا أراد أن يعطيه عما فى ذمته عرضًا، لأنه يعطيه غير ما وجب له فلم يلزمه قبوله.

فصل: إذا أحال رجلاً على زيد بألف فأحاله زيد بها على عمرو فالحوالة صحيحة، لأن حق الثانى ثابت مستقر فى الذمة، فصح أن يحيل به كالأول، وهكذا لو أحال الرجل عمرًا على زيد بما يثبت له فى ذمته صح أيضًا لما ذكرنا وتكرر المحتال والمحيل لا يضر.

5- مسألة: (وإذا أحال المشترى البائع بالثمن أو أحال البائع عليه به فبان البيع باطلاً فالحوالة باطلة).

مثل أن يشترى عبدًا فيحيل المشترى البائع بالثمن ثم يظهر العبد حرّا مستحقّا فالبيع باطل والحوالة باطلة، لأنا تبينا أن لا ثمن على المشترى، وكذلك إن أحال البائع على المشترى أجنبيّا بالثمن متى بطل البيع بطلت الحوالة لذلك، والحرية إنما ثبتت ببينة أو اتفاقهم، فإن اتفق المحيل والمحال عليه على حريته وكذبهما المحتال ولا بينة بذلك لم يقبل قولهما عليه، لأنهما يبطلان حقه فأشبه ما لو باع المشترى العبد ثم اعترف هو وبائعه أن كان حرّا لم يقبل قولهما على المشترى الثانى، وإن أقاما بينة لم تسمع، لأنهما كذباها بدخولهما فى التبايع، وإن أقام العبد بينة بحريته قبلت وبطلت الحوالة، وإن صدقهما المحتال وادعى أن الحوالة بغير ثمن العبد فالقول قوله مع يمينه، لأن الأصل صحة الحوالة وهما يدعيان بطلانها فكان جنبته أقوى، فإن أقام البينة أن الحوالة كانت بالثمن قبلت، لأنهما لم يكذباها، وإن اتفق المحيل والمحتال على حرية العبد وكذبهما المحال عليه، لم يقبل قولهما عليه فى حرية العبد، لأنه إقرار على غيرهما، وتبطل الحوالة لاتفاق الموجوع عليه بالدين والراجع به على استحقاق

فصل: إذا اشترى عبداً فأحال المشترى البائع بالثمن ثم ظهر العبد حرّا أو مستحقًا فالبيع باطل والحوالة باطلة، لأننا تبينا أنه لا ثمن على المشترى وإنما ثبت حريته ببينة أو اتفاقهم، فإن اتفق المحيل والمحال عليه على حريته وكذبهما المحتال ولا بينة بذلك، لم يقبل قولهما عليه، لأنهما يبطلان حقه أشبه ما لو باع المشترى العبد ثم اعترف هو وبائعه أنه كان حرّا لم يقبل قولهما على المشترى الثانى، وإن أقاما بينة لم تسمع، لأنهما كذَّباها بدخولهما فى التبايع، وإن أقام العبد بينة بحريته قبلت وبطلت الحوالة، وإن صدقهما المحتال وادعى أن الحوالة بغير ثمن العبد فالقول قوله مع يمينه، لأن الأصل صحة الحوالة وهما يدعيان بطلانها فكانت جنبته أقوى، فإن أقاما البينة أن الحوالة كانت بالثمن قبلت، لأنهما لم يكذباها، وإن اتفق المحيل والمحتال على حرية العبد وكذبهما المحال عليه لم يقبل قولهما عليه فى حرية العبد، لأنه إقرار على غيرهما وتبطل الحوالة لاتفاق المرجوع عليه بالدين والراجع به على استحقاق الرجوع، والمحال عليه يعترف للمحتال بدين لا يصدقه فيه، فلا يأخذ منه شيئًا، وإن اعترف المحتال والمحال عليه بحرية العبد عتق لإقرار من هو فى يده بحريته، وبطلت الحوالة بالنسبة إليهما، ولم يكن للمحتال الرجوع على المحيل، لأن دخوله معه فى الحوالة اعتراف ببراءته فلم يكن له الرجوع عليه.

فصل: وإن اشترى عبداً فأحال المشترى البائع بالثمن على آخر فقبضه من المحال عليه ثم رد المشترى العبد بالعيب أو مقايلة أو اختلاف فى ثمن فقد برئ المحال عليه، لأنه قبض منه بإذنه، ويرجع المشترى على البائع، وإن رده قبل القبض فقال القاضى: تبطل الحوالة

الرجوع، والمحال عليه يعترف للمحتال بدين لا يصدقه فيه، فلا يأخذ منه شيئًا، وإن اعترف المحتال والمحال عليه بحرية العبد عتق لإقرار من هو فى يده بحريته، وبطلت الحوالة بالنسبة إليهما ولم يكن للمحتال الرجوع على المحيل، لأن دخوله معه فى الحوالة اعتراف ببراءته فلم يكن له الرجوع عليه.

6- مسألة: (فإن فسخ العقد بعيب أو إقالة، لم تبطل الحوالة).

يعنى إذا فسخ العقد بعيب أو إقالة بعد القبض فيما إذا أحال المشترى البائع بالثمن فقد برئ المحال عليه، أنه قبض منه بإذنه، ويرجع المشترى على البائع، فإن كان ذلك قبل القبض، فقال القاضى: تبطل الحوالة ويعود المشترى إلى ذمة المحال عليه ويبرأ البائع، فلا يبقى له دين ولا عليه، لأن الحوالة بالثمن، وقد سقط بالفسخ، ويجب أن تبطل الحوالة، لذهاب حقه من المال المحال به، وقال أبو الخطاب: لا تبطل فى أحد الوجهين، لأن المشترى عوّض البائع عما فى ذمته ما له فى ذمة المحال عليه ونقل حقه إليه نقلاً صحيحًا وبرئ من الثمن، وبرئ المحال عليه من دين المشترى، فلم يبطل ذلك بفسخ العقد الأول، كما لو أعطاه بالثمن ثوبًا وسلمه إليه ثم فسخ العقد لم يرجع بالثوب كذا ههنا، فإن قلنا

ويعود المشترى إلى ذمة المحال عليه، ويبرأ البائع، فلا يبقى له دين ولا عليه، لأن الحوالة بالثمن، وقد سقط بالفسخ، فيجب أن تبطل الوالة لذهاب حقه من المال المحال به، وقال أبو الخطاب: لا تبطل الحوالة فى أحد الوجهين، لأن المشترى عوَّض البائع عما فى ذمته ما له فى ذمة المحال عليه، ونقل حقه إليه نقلاً صحيحًا، وبرئ من الثمن وبرئ المحال عليه من دين المشترى، فلم يبطل ذلك بفسخ العقد الأول، كما لو أعطاه بالثمن ثوبًا وسلمه إليه ثم فسخ العقد لم يرجع بالثوب كذا ههنا، فإن قلنا ببطلان الحوالة رجع المحيل على المحال عليه بدينه ولم يبق بينهما وبين البائع معاملة، وإن قلنا: لا تبطل رجع المشترى على البائع بالثمن ويأخذه البائع من المحال عليه، فإذا عاد البائع فأحال المشترى صح بالثمن على من أحاله المشترى عليه صح وبرئ البائع وعاد المشترى إلى غريمه وإن كانت المسألة بحالها لكن أحال البائع أجنبيًا على المشترى ثم رد العبد المبيع ففى الحوالة وجهان: أحدهما: لا تبطل، لأن ذمة المشترى برئت بالحوالة من حق البائع وصار الحق عليه للأجنبى المحتال، فأشبه ما لو دفعه المشترى إلى المحيل، فعلى هذا يرجع المشترى على البائع بالثمن ويسلم إلى المحتال ما أحاله به، والثانى: تبطل الحوالة إن كان الرد قبل القبض لسقوط الثمن الذى كانت الحوالة به، ولأنه لا فائدة فى بقاء الحوالة ههنا فيعود البائع بدينه ويبرأ المشترى منهما كالمسألة قبلها، وإذا قلنا: لا تبطل فأحال المشترى المحال عليه بالثمن على البائع صح وبرئ المشترى منهما.

ببطلان الحوالة رجع المحيل على المحال عليه بدينه، ولم يبق بينهما وبين البائع معاملة، وإن قلنا: لا تبطل رجع المشترى على البائع بالثمن ويأخذه البائع من المحال عليه، وإن كانت المسألة بحالها لكن أحال البائع أجنبيًا بالثمن على المشترى ثم رد العبد المبيع، ففى الحوالة وجهان: أحدهما: لا تبطل، لأن ذمة المشترى برئت بالحوالة من حق البائع، وصار الحق عليه للمحتال فأشبه ما لو دفعه المشترى إلى المحيل، فعلى هذا يرجع المشترى على البائع بالثمن ويسلم للمحتال ما أحاله به. والثانى: تبطل الحوالة إن كان الرد قبل القبض لسقوط الثمن الذى كانت الحوالة به، ولا فائدة فى بقاء الحوالة، فيعود البائع بدينه ويبرأ المشترى منهما كالمسألة قبلها.

7- مسألة: (وللبائع أن يحيل المشترى على من أحاله المشترى عليه فى الصورة الأولى، وللمشترى أن يحيل المحتال عليه على البائع فى الثانية).

إذا قلنا: إن الحوالة لا تبطل، ويحتمل أن تبطل إذا لم يكن قبضها وقد ذكرناه.

فصل: إذا أحال رجلاً على زيد بألف فأحاله زيد بها على عمرو فالحوالة صحيحة، لأن حق الثانى ثابت مستقر فى الذمة فصح أن يحيل به كالأول، وهكذا لو أحال الرجل عمرًا على زيد بما يثبت له فى ذمته صح أيضًا لما ذكرنا، وتكرر المحتال والمحيل لا يضر.

فصل: إذا كان لرجل على آخر دين: فأذن لآخر فى قبضه ثم اختلف هو والمأذون له، فقال: وكلتك فى قبض دينى بلفظ التوكيل، فقال: بل أحلتنى بلفظ الحوالة، أو كانت بالعكس فقال: أحلتك بدينك، قال: بل وكلتنى فالقول قول مدعى الوكالة منهما مع يمينه، لأنه يدعى بقاء الحق على ما كان وينكر انتقاله، والأصل معه، فإن كان لأحدهما بينة حكم بها، لأن اختلافهما فى اللفظ وهو مما يمكن إقامة البينة عليه، وإن اتفقا على أنه قال: أحلتك بالمال الذى لى قبل زيد ثم اختلفا، فقال المحيل: إنما وكلتك فى القبض لى، وقال الآخر: بل أحلتنى بدينى عليك فالقول قول مدعى الحوالة فى أحد الوجهين، لأن الظاهر معه فإن اللفظ حقيقة فى الحوالة دون الوكالة، فيجب حمل اللفظ على ظاهره، كما لو اختلفا فى دار فى يد أحدهما، والثانى: القول قول المحيل، لأن الأصل بقاء حق المحيل على المحال عليه والمحتال يدعى نقله والمحيل ينكره والقول قول المنكر، فعلى الوجه الأول: يحلف المحتال ويثبت حقه فى ذمة المحال عليه ويستحق مطالبته ويسقط عن المحيل، وعلى الثانى: يحلف المحيل ويبقى حقه فى ذمة المحال عليه، وعلى كلا الوجهين: إن كان المحتال قد قبض الحق من المحال عليه وتلف فى يده فقد برئ كل واحد منهما من صاحبه ولا ضمان عليه، سواء تلف بتفريطه أو غيره، لأنه إن تلف بتفريط وكان المحتال محقًا فقد أتلف ماله، وإن كان مبطلاً ثبت لكل واحد منهما فى ذمة الآخر مثل ما فى ذمته له فيتقاصّان ويسقطان، وإن تلف بغير تفريط فالمحال قد قبض حقه وتلف فى يده وبرئ منه المحيل بالحوالة والمحال عليه بتسلمه والمحيل يقول: قد تلف المال فى يد وكيلى بغير تفريط، فلا ضمان عليه، وإن لم يتلف احتمل أن لا يملك المحيل طلبه، لأنه معترف أن له عليه من الدين مثل ما له فى يده، وهو مستحق لقبضه فلا فائدة فى أن يقبضه منه ثم يسلمه إليه، ويحتمل أن يملك أخذه منه، ويملك المحتال مطالبته بدينه وقيل: يملك المحيل أخذه منه، ولا يملك المحتال المطالبة بدينه لاعترافه ببراءة المحيل منه وليس بصحيح، لأن المحتال إن اعترف بذلك فهو يدعى أنه قبض هذا المال منه بغير حق، وأنه يستحق المطالبة به، فعلى كلا الحالين، هو مستحق للمطالبة بمثل هذا المال المقبوض منه فى قولهما جميعًا فلا وجه لإسقاطه ولا موضع للبينة

8- **مسألة: (وإذا قال: أحلتك، قال: بلى وكلتنى، أو قال: وكلتك، قال: بل أحلتنى فالقول قول مدعى الوكالة).**

إذا كان لرجل دين على آخر فأذن لرجل فى قبضه ثم اختلفا، فقال: أحلتك بدينك قال: بل وكلتنى ودينى باق فى ذمتك، أو قال: وكلتك فى قبض دينى بلفظ التوكيل قال: بل أحلتنى بلفظ الحوالة، فالقول قول مدعى الوكالة مع يمينه، لأنه يدعى بقاء الحق على ما كان وينكر انتقاله والأصل معه، فإن كان لأحدهما بينة حكم بها، لأن اختلافهما فى اللفظ وهو مما يمكن إقامة البينة عليه.

فى هذه المسألة، لأنهما لا يختلفان فى لفظ يسمع ولا فعل يرى، وإنما يدعى المحيل بينة وهذا لا تشهد به البينة نفيًا ولا إثباتًا.

فصل: وإن كانت المسألة بالعكس، فقال: أحلتك بدينك، فقال: بل وكلتنى، ففيها الوجهان أيضًا، ولما قدمناه: فإن قلنا: القول قول المحيل فحلف برئ من حق المحتال، وللمحتال قبض المال من المحال عليه لنفسه، لأنه يجوز له ذلك بقولهما معًا، فإذا قبضه كان له بحقه، وإن قلنا: القول قول المحتال فحلف كان له مطالبة المحيل بحقه ومطالبة المحتال عليه، لأنه إما وكيل وإما محتال، فإن قبض منه قبل أخذه من المحيل فله أخذ ما قبض لنفسه، لأن المحيل يقول هو لك، والمحتال يقول: هو أمانة فى يدى ولى مثله على صاحبه، وقد أذن لى فى أخذه ضمنًا، فإذا أخذه لنفسه حصل غرضه، ولم يأخذ من المحيل شيئًا، وإن استوفى من المحيل رجع على المحال فى أحد الوجهين، لأنه قد ثبت الوكالة بيمين المحتال وبقى الحق فى ذمة المحال عليه للمحيل، **والثانى**: لا يرجع عليه، لأنه يعترف أنه قد برىء من حقه وإنما المحتال ظلمه بأخذ ما كان عليه، قال القاضى: والأول أصح، وإن كان قد قبض الحوالة فتلفت فى يده بتفريط أو أتلفها سقط حقه على الوجهين، لأنه إن كان محقًا فقد أتلف حقه، وإن كان مبطلاً فقد أتلف مثل دينه فيثبت فى ذمته ويتقاصّان، وإن تلفت بغير تفريطة فعلى الوجه الأول يسقط حقه أيضًا، لأن ماله تلف تحت يده، وعلى الثانى: له أن يرجع على المحيل بحقه، وليس للمحيل الرجوع على المحال عليه لأنه يعترف ببراءته.

فصل: وإن اتفقا على أن المحيل قال: أحلتك بدينك ثم اختلفا، فقال أحدهما: هى حوالة بلفظها، وقال الآخر: بل هى وكالة بلفظ الحوالة فالقول قول مدعى الحوالة، وجهًا واحدًا، لأن الحوالة بدينه لا تحتمل الوكالة فلم يقبل قول مدعيها، وسواء اعترف المحيل بدين المحتال أو قال: لا دين لك علىّ، لأن قوله: أحلتك بدينك اعتراف بدينه فلا يقبل جحده له بعد ذلك، فأما إن لم يقل بدينك بل قال: أحلتك، ثم قال: ليس لك علىّ دين وإنما عنيت التوكيل بلفظ الحوالة أو قال: أردت أن أقول: وكلتك فسبق لسانى فقلت:

٩- مسألة: (وإذا اتفقا على أنه قال: أحلتك بالمال الذى قبل زيد ثم اختلفا، فقال المحيل: إنما وكلتك فى القبض لى، وقال الآخر: بل أحلتنى بدينى عليك، فالقول قول مدعى الحوالة فى أحد الوجهين).

لأن الظاهر معه، فإن اللفظ حقيقة فى الحوالة دون الوكالة، فيجب حمل اللفظ على ظاهره كما لو اختلفا فى دار فى يد أحدهما **والثانى**: القول قول المحيل، لأن الأصل بقاء حق المحيل على المحال عليه والمحتال يدعى نقله والمحيل ينكره، والقول قول المنكر، فعلى الوجه الأول يحلف المحتال ويثبت حقه فى ذمة المحال عليه ويستحق مطالبته ويسقط عن المحيل، وعلى الوجه الثانى يحلف المحيل ويبقى حقه فى ذمة المحال عليه، وعلى كلا

أحلتك، وادعى المحتال أنها حوالة بدينه، وأن دينه كان ثابتًا على المحيل، فهل ذلك اعتراف بالدين أو لا؟ فيه وجهان سبق توجيههما.

الوجهين إن كان المحتال قد قبض من المحال عليه وتلف فى يده فقد برئ كل واحد منهما من صاحبه، ولا ضمان عليه سواء تلف بتفريط أو غيره، لأنه إن تلف بتفريط وكان المحتال محقّا فقد أتلف ماله، وإن كان مبطلاً ثبت لكل واحد منهما فى ذمة الآخر ما فى ذمته له فيتقاصَّان ويسقطان، وإن تلف بغير تفريط فالمحتال يقول: قد قبضت حقى وتلف فى يدى وبرئ منه المحيل بالحوالة، والمحال عليه بتسليمه، والمحيل يقول: قد تلف المال فى يد وكيلى بغير تفريط، فلا ضمان عليه، وإن لم يتلف احتمل أن لا يملك المحيل طلبه، لأن معترف أن له عليه من الدين مثل ما له فى يده، وهو مستحق لقبضه، فلا فائدة فى أن يقبضه منه ثم يسلمه إليه، ويحتمل أن يملك أخذه منه، ويملك المحتال مطالبته بدينه، وقيل: يملك المحيل أخذه منه ولا يملك المحتال المطالبة بدينه، لاعترافه ببراءة المحيل منه بالحوالة وليس بصحيح، لأن المحتال إن اعترف بذلك فهو يدعى أنه قبض هذا المال منه بغير حق، وأنه لا يستحق المطالبة به، فعلى كلا الحالين هو مستحق للمطالبة بمثل هذا المال المقبوض منه فى قولهما جميعًا، فلا وجه لإسقاطه، ولا موضع للبينة فى هذه المسألة، لأنهما لا يختلفان فى لفظ يسمع ولا فعل يرى، وإنما يدعى المحيل نيته، وهذا لا تشهد به البينة نفيًا ولا إثباتًا.

فصل: فإن قال: أحلتك بدينك قال: بل وكلتنى ففيهما وجهان أيضًا لما قدمناه، فإن قلنا: القول قول المحيل فحلف برئ من حق المحتال وللمحتال قبض المال من المحال عليه لنفسه، لأنه يجوز ذلك بقولهما معًا، فإذا قبضه كان له بحقه، وإن قلنا: القول قول المحتال فحلف كان له مطالبة المحيل بحقه ومطالبة المحتال عليه، لأنه إما وكيل أو محتال، فإن قبض منه قبل أخذه من المحيل فله أخذ ما قبض لنفسه، لأنه يجوز ذلك، لأن المحيل يقول: هو لك، والمحتال يقول: هو أمانة فى يدى ولى مثله على صاحبه، وقد أذن له فى أخذه ضمنًا، فإذا أخذه لنفسه حصل غرضه، ولم يأخذ من المحيل شيئًا، وإن استوفى من المجيل، دون المحال عليه رجع المحيل على المحال عليه فى أحد الوجهين، لأن الوكالة قد ثبتت بيمين المحتال وبقى فى ذمة المحال عليه للمحيل، **والثانى**: لا يرجع عليه، لأنه يعترف أنه قد برئ من حقه، وإنما المحيل ظلمه بأخذ ما كان عليه، قال القاضى: والأول أصح، وإن كان قد أخذ الحوالة فتلفت فى يده بتفريط أو أتلفها سقط حقه وجهًا واحدًا، لأنه إن كان محقّا فقد أتلف حقه، وإن كان مبطلاً فقد أبطل مثل دينه فيثبت فى ذمته فيتقاصَّان وإن تلف بغير تفريطه فعلى الوجه الأول يسقط حقه أيضًا، لأن ماله تلف تحت يده، وعلى الثانى له أن يرجع على المحيل بحقه وليس للمحيل الرجوع على المحال عليه، لأنه يقر ببراءته.

فصل: وإذا كان لرجل دين على آخر فطالبه به فقال: قد أحلت به علىّ فلانًا الغائب، وأنكر صاحب الدين، فالقول قوله مع يمينه، وإن كان لمن عليه الدين بينة بدعواه سمعت بينته لإسقاط حق المحيل عليه، وإن ادعى رجل أن فلانًا الغائب أحالنى عليك فأنكر المدعى عليه فالقول قوله، فإن أقام المدعى بينة ثبتت فى حقه وحق الغائب، لأن البينة يقضى بها على الغائب ولزم الدفع إلى المحتال، وإن لم يكن له بينة فأنكر المدعى عليه فهل تلزمه اليمين؟ فيه وجهان، بناء على ما لو اعترف له هل يلزمه الدفع؟ على وجهين: أحدهما: يلزمه الدفع إليه، لأن مقر بدينه عليه ووجوب دفعة إليه فلزمه الدفع إليه كما لو كانت بينة، والثانى: لا يلزمه الدفع إليه، لأنه لا يأمن من إنكار المحيل ورجوعه عليه، فكان له الاحتياط لنفسه، كما لو ادعى عليه إنى وكيل فلان فى قبض دينه منك فصدقه، وقال: لا أدفعه إليك، فإذا قلنا: يلزمه الدفع مع الإقرار لزمه اليمين مع الإنكار، فإذا حلف برئ ولم يكن للمحتال الرجوع

10- مسألة: (وإن قال: أحلتك بدينك، فالقول مدعى الحوالة وجهًا واحدًا).

إذا اتفقا على أنه قال: أحلتك بدينك ثم اختلفا فالقول قول مدعى الحوالة وجهًا واحدًا، لأن الحوالة بدينه لا تحتمل الوكالة فلم يقبل قول مدعيها، وسواء اعترف المحيل بدين المحتال أو قال: لا دين لك علىّ، لأن قوله: أحلتك بدينك اعتراف بدينه فلا يقبل جحده بعد ذلك، فأما إن لم يقل بدينك بل قال: أحلتك، ثم قال: ليس لك على دين، وإنما أردت التوكيل بلفظ الحوالة، أو قال: أردت أن أقول: وكلتك فسبق لسانى فقلت: أحلتك، وادعى المحتال أنه حوالة بدينه، وأن دينه كان ثابتًا على المحيل، فهل هو اعتراف بالدين أو لا؟ فيه وجهان سبق توجيههما.

فصل: وإن كان لرجل دين على آخر فطالبه به، فقال: قد أحلت به علىّ فلانًا الغائب وأنكر صاحب الدين، فالقول قوله مع يمينه، فإن كان لمن عليه الدين بينة بدعواه سمعت بينته لإسقاط حق المحيل عليه، وإن ادعى رجل أن فلانًا الغائب أحالنى عليك فأنكر المدعى عليه فالقول قوله، فإن أقام المدعى بينة ثبتت فى حقه وحق الغائب، لأن البينة يقضى بها على الغائب ولزم الدفع إلى المحتال، وإن لم يكن له بينة فأنكر المدعى عليه، فهل يلزمه اليمين؟ فيه وجهان بناء على ما لو اعترف له، هل يلزمه الدفع؟ على وجهين: أحدهما: يلزمه الدفع إليه، لأنه مقر بدينه عليه ووجوب دفعه إليه فلزمه الدفع إليه كما لو كانت به بينة والثانى: لا يلزمه الدفع إليه، لأنه لا يأمن إنكار المحيل ورجوعه عليه فكان له الاحتياط لنفسه كما لو ادعى أنى وكيل فلان فى قبض دينه منك فصدقه، وقال: لا أدفعه إليك، فإذا قلنا: يلزمه الدفع مع الإقرار لزمه اليمين مع الإنكار، فإذا حلف برئ ولم يكن للمحتال الرجوع على المحيل، لاعترافه ببراءته، وكذلك إن قلنا: لا يلزمه اليمين فليس للمحتال الرجوع على المحيل، ثم ينظر فى المحيل، فإن صدق المدعى فى أنه أحاله ثبتت الحوالة، لأن رضا

على المحيل، لاعترافه ببراءته، وكذلك إن قلنا: لا تلزمه اليمين، فليس للمحتال الرجوع على المحيل ثم ينظر فى المحيل فإن صدق المدعى فى أنه أحاله ثبتت الحوالة له، لأن رضى المحال عليه لا يعتبر، وإن أنكر الحوالة حلف وسقط حكم الحوالة، وإن نكل المحال عليه عن اليمين فقضى عليه بالنكول واستوفى الحق منه، ثم إن المحيل صدق المدعى فلا كلام، وأن أنكر الحوالة، فالقول قوله، وله أن يستوفى من المحال عليه، لأنه معترف له بالحق ويدعى أن المحتال ظلمه، ويبقى دين المحتال على المحيل، وإن كان المحيل ينكر أن له عليه دينًا فالقول قوله بغير يمين، لأن المحتال يقر ببراءته منه، لاستيفائه من المحال عليه، وإن كان المحيل يعترف به لم يكن للمحتال المطالبة به، لأنه يقر بأنه قد برىء منه بالحوالة والمحيل يصدق المحال عليه فى كون المحتال قد ظلمه واستوفى منه بغير حق والمحتال يزعم أن المحيل قد أخذ منه أيضًا بغير حق وأنه يجب عليه أن يرد ما أخذه منه إليه، فينبغى أن يقبضها المحتال ويسلمها إلى المحال عليه، أو يأذن للمحيل فى دفعها إلى المحال عليه، وإن صدق المحال عليه المحتال فى الحوالة ودفع إليه فأنكر المحيل الحوالة حلف ورجع على المحال عليه والحكم فى الرجوع بما على المحيل من الدين على ما ذكرنا فى التى قبلها.

فصل: فإن كان عليه ألف ضمنه رجل فأحال الضامن صاحب الدين به برئت ذمته وذمة المضمون عنه، لأن الحوالة كالتسليم ويكون الحكم ههنا كالحكم فيما لو قضى عنه الدين، فإن كان الألف على رجلين على كل واحد منهما خمسمائة، وكل واحد كفيل عن الآخر

المحال عليه لا يعتبر، وإن أنكر الحوالة حلف وسقط حكم الحوالة، فإن نكل المحال عليه عن اليمين فقضى عليه بالنكول واستوفى الحق منه، ثم إن المحيل صدق المدعى فلا كلام، وإن أنكر الحوالة فالقول قوله، وله أن يستوفى من المحال عليه، لأنه معترف له بالحق ويدعى أن المحتال ظلمه ويبقى دين المحتال على المحيل، فإن أنكر المحيل أن له عليه دينًا فالقول قوله بغير يمين، لأن المحتال يقر ببراءته منه لاستيفائه من المحال عليه، وإن كان المحيل يعترف به لم يكن للمحتال المطالبة به، لأنه يقر أنه قد برئ منه بالحوالة والمحيل يصدق المحال عليه فى كون المحتال قد ظلمه واستوفى منه بغير حق، والمحتال يزعم أن المحيل قد أخذ منه أيضًا بغير حق، وأنه يجب عليه أن يرد ما أخذ منه إليه فينبغى أن يقبضها المحتال ويسلمها إلى المحال عليه، أو يأذن للمحيل فى دفعها إلى المحال عليه، وإن صدق المحال عليه المحتال فى الحوالة ودفع إليه فأنكر المحيل الحوالة حلف ورجع على المحال عليه، والحكم فى الرجوع بما على المحيل من الدين على ما ذكرنا فى التى قبلها.

فصل: فإن كان عليه ألف ضمنه رجل فأحال الضامن صاحب الدين به برئت ذمته وذمة المضمون عنه، لأنه الحوالة كالتسليم، ويكون الحكم ههنا كالحكم فيما لو قضى عنه الدين على ما ذكرنا، فإن كان الألف على رجلين على كل واحد منهما خمسمائة وكل واحد كفيل

بذلك فأحاله أحدهما بالألف برئت ذمتهما معًا كما لو قضاها، وإن أحال صاحب الألف رجلاً على أحدهما بعينه بالألف صحت الحوالة لأن الدين على كل واحد منهما مستقر، وإن أحال عليهما جميعًا ليستوفى منهما أو من أيهما شاء صحت الحوالة أيضًا عند القاضى، لأنه الأفضل ههنا فى نوع ولا أجل ولا عدد، وإنما هو زيادة استيثاق فلم يمنع ذلك صحة الحوالة كحوالة المعسر على المليء وقال بعض أصحاب الشافعى: لا تصح الحوالة، لأن الفضل قد دخلها فإن المحتال ارتفق بالتخيير بالاستيفاء منهما أو من أيهما شاء، فأشبه ما لو أحاله على رجلين له على كل واحد منهما ألف ليستوفى من أيهما شاء، والأول أصح، والفرق بين هذه المسألة، وبين ما إذا أحاله بألفين أنه لا فضل بينهما فى العدد ههنا، وثم تفاضلا فيه، ولأن الحوالة ههنا بألف معين، وثم الحوالة بأحدهما من غير تعيين، وأنه إذا قضاه أحدهما الألف فقد قضى جميع الدين، وثم إذا قضى أحدهما بقى ما على الآخر، ولو لم يكن كل واحد من الرجلين ضامنًا عن صاحبه فأحال عليهما صحت الحوالة بغير إشكال، لأنه لما كان له أن يستوفى الألف من واحد كان له أن يستوفى من اثنين كالوكيلين.

عن الآخر بذلك فأحاله أحدهما بالألف برئت ذمتهما معًا كما لو قضاها، وإن أحال صاحب الألف رجلاً على أحدهما بعينه صحت الحوالة، لأن الدين على كل واحد منهما مستقر، وإن أحال عليهما جميعًا ليستوفى منهما أو من أيهما شاء صحت الحوالة أيضًا عند القاضى، لأنه لا فضل ههنا فى نوع ولا أجل ولا عدد، وإنما هو زيادة استيثاق فلم يمنع ذلك صحة الحوالة كحوالة المعسر على المليء، وقال بعض الشافعية: لا تصح الحوالة، لأن الفضل قد دخلها، فإن المحتال ارتفق بالتخيير بالاستيفاء من أيهما شاء، فأشبه ما لو أحاله على رجلين له على كل واحد منهما ألف ليستوفى من أيهما شاء، والأول أصح، والفرق بين هذه المسألة وبين ما إذا أحاله بألفين أنه لا فضل بينهما فى العدد ههنا وثم تفاضلاً، ولأن الحوالة ههنا بألف معين، وثم الحوالة بأحدهما من غير تعيين، وأنه إذا قضاه أحدهما الألف فقد قضاه جميع الدين، وثم إذا قضى أحدهما بقى ما على الآخر، ولو لم يكن كل واحد من الرجلين ضامنًا عن صاحبه فأحال عليهما صحت الحوالة بغير إشكال، لأنه لما كان له أن يستوفى الألف من واحد كان له أن يستوفى من اثنين كالوكيلين.

باب الضمان

٨٢٢- **مسألة:** **(ومن ضمن عنه حق بعد وجوبه، أو قال: ما أعطيته فهو عليَّ فقد لزمه ما صح أنه أعطاه).**

الضمان: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق، فيثبت في ذمتهما جميعًا، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما، واشتقاقه من الضم، وقال القاضي: هو مشتق من التضمين: لأن ذمة الضامن تتضمن الحق، والأصل في جوازه: الكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿**وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ**﴾ (يوسف: ٧٢) وقال ابن عباس: الزعيم الكفيل، وأما السنة: فما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «الزعيم غارم»[١] رواه أبو داود والترمذي، قال: حديث حسن، وروى البخاري عن سلمة بن الأكوع أن النبي ﷺ أتى برجل ليصلي عليه فقال: هل عليه دين؟ قالوا: نعم ديناران، قال: هل ترك لهما وفاء؟ قالوا: لا، فتأخر، فقيل: لم لا تصل عليه؟ فقال: ما تنفعه صلاتي وذمته مرهونة؟ إلا أن قام أحدكم فضمنه، فقام أبو قتادة فقال: هما عليّ يا رسول الله، فصلى عليه النبي ﷺ[٢] وأجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة(*)، وإنما اختلفوا في فروع نذكرها إن شاء

باب الضمان

وهو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتهما جميعًا، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما، واشتقاقه من الضم، وقيل: من التضمين، لأن ذمة الضامن تتضمن الحق، والأصل في جوازه الكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿**وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ**﴾ والزعيم: الكفيل قاله ابن عباس، وأما السنة فما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «الزعيم غارم» رواه أبو داود والترمذي، وقال: حديث حسن،

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ح ٣٥٦٥) وابن ماجه (٢/ ح ٢٤٠٥) والترمذي (٣/ ١٢٦٥) وأحمد في مسنده (٥/ ٢٦٧، ٢٩٣) وإسناده صحيح.

(٢) أخرجه البخاري (٤/ ح ٢٢٨٩، ٢٢٩٥/ فتح) والنسائي (٤/ ٦٥) من كتاب الجنائز باب الصلاة على من عليه دين، وأحمد في مسنده (٥/ ٢٩٧، ٣٠٤) من حديث سلمة بن الأكوع بلفظ: أن النبي ﷺ أتى بجنازة ليصلي عليها فقال: «هل عليه من دين؟» قالوا: لا فصلى عليه ثم أتى بجنازة أخرى فقال: «هل عليه من دين؟» قالوا: نعم، قال: «فصلوا على صاحبكم» قال أبو قتادة: عليَّ دينه يا رسول فصلى عليه. اهـ. واللفظ للبخاري ولم نجد لفظ المصنف وهو قوله: «ما تنفعه صلاتي وذمته مرهونة إلا أن قام أحدكم فضمنه...» الحديث.

(*) ينظر في كتاب الإجماع لابن المنذر.

الله تعالى، إذا ثبت هذا فإنه يقال: ضمين وكفيل، وقبيل وحميل وزعيم، وصبير بمعنى واحد، ولا بد فى الضمان من ضامن ومضمون عنه ومضمون له، ولا بد من رضى الضامن، فإن أكره على الضمان لم يصح، ولا يعتبر رضى المضمون عنه، لا نعلم فيه خلافًا، لأنه لو قضى الدين عنه بغير إذنه ورضاه صح، فكذلك إذا ضمن عنه، ولا يعتبر رضى المضمون له، وقال أبو حنيفة ومحمد: يعتبر، لأنه إثبات مال لآدمى، فلم يثبت إلا برضاه أو رضى من ينوب عنه كالبيع والشراء، وعن أصحاب الشافعى كالمذهبين.

ولنا: أن قتادة ضمن من غير رضى المضمون له ولا المضمون عنه فأجازه النبى ﷺ، وكذلك روى عن علىٍّ رضي الله عنه، ولأنها وثيقة لا يعتبر فيها قبض فأشبهت الشهادة، ولأنه ضمان دين فأشبه ضمان بعض الورثة دين الميت للغائب وقد سلموه.

فصل: ولا يعتبر أن يعرفهما الضامن، وقال القاضى: يعتبر معرفتهما ليعلم هل المضمون عنه أهل لاصطناع المعروف إليه أو لا؟ وليعرف المضمون له فيؤدى إليه.

وذكر وجهًا آخر: أنه تعتبر معرفة المضمون له لذلك، ولا تعتبر معرفة المضمون عنه، لأنه لا معاملة بينه وبينه، ولأصحاب الشافعى ثلاثة أوجه نحو هذه.

ولنا: حديث على وأبى قتادة، فإنهما ضمنا لمن لا يعرفاه عمن لم يعرفاه، ولأنه تبرع بالتزام مال فلم يعتبر معرفة من يتبرع له به كالنذر.

فصل: وقد دلت مسألة الخرقى على أحكام، منها: صحة ضمان المجهول لقوله: ما أعطيته فهو علىَّ، وهذا مجهول فمتى قال: أنا ضامن لك مالك على فلان، أو ما يقضى به عليه، أو ما تقوم به البينة أو يقر به لك، أو ما يخرج فى روزمانجك(٣) صح الضمان، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك، وقال الثورى والليث وابن أبى ليلى والشافعى وابن المنذر: لا يصح، لأنه التزام مال فلم يصح مجهولاً كالثمن فى المبيع.

وأجمع المسلمون على الضمان فى الجملة واختلفوا فى فروع تذكر إن شاء الله تعالى يقال: ضمين وكفيل وقبيل وحميل وزعيم وصبير بمعنى واحد، ولا بد فى الضمان من ضامن ومضمون عنه ومضمون له.

أ- مسألة: (ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما فى الحياة والموت).

وجملة ذلك أن المضمون عنه لا يبرأ بنفس الضمان كما يبرأ المحيل بنفس الحوالة قبل القبض بل يثبت الحق فى ذمة الضامن مع بقائه فى ذمة المضمون عنه، فعلى هذا لصاحب الحق مطالبة من شاء منهما فى الحياة وبعد الموت، وبهذا قال الثورى والشافعى وأصحاب الرأى وأبو عبيد، وحكى عن مالك فى إحدى الروايتين عنه: أنه لا يطالب الضامن إلاَّ إذا

---

(٣) الروزنامة: كتيب يتضمن معرفة الأيام والشهور على مدار السنة.

ولنا قول الله تعالى: ﴿وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ وحمل البعير غير معلوم، لأن حمل البعير يختلف باختلافه، وعموم قوله ﷺ «الزعيم غارم» ولأنه التزام حق فى الذمة من غير معاوضة فصح فى المجهول، كالنذر والإقرار، ولأنه يصح تعليقه بضرر وخطر وهو ضمان العهدة، وإذا قال: ألق متاعك فى البحر وعلىَّ ضمانه، أو قال: ادفع ثيابك إلى هذا الرفاء وعلىَّ ضمانها فصح المجهول كالعتق والطلاق، ومنها: صحة ضمان ما لم يجب فإن معنى قوله «ما أعطيته» أى: ما تعطيه فى المستقبل، بدليل أنه عطفه على من ضمن عنه حق بعد وجوبه عليه، فيدل على أنه غيره ولو كان ما أعطيته فى الماضى كان معنى المسألتين سواء أو إحداهما داخلة فى الأخرى.

والخلاف فى هذه المسألة ودليل القولين كالتى قبلها، إلا أنهم قالوا: الضمان ضم ذمة إلى ذمة فى التزام الدين، فإذا لم يكن على المضمون عنه شىء فلا ضم فيه، فلا يكون ضمانًا، قلنا: قد ضم ذمته إلى ذمة المضمون عنه فى أنه يلزمه ما يلزمه وأن ما ثبت فى ذمة مضمونه يثبت فى ذمته، وهذا كاف، وقد سلموا ضمان ما يلقيه فى البحر قبل وجوبه بقوله: ألق متاعك فى البحر وعلىَّ ضمانه، وسلم أصحاب الشافعى فى أحد الوجهين ضمان الجعل فى الجعالة قبل العمل وما وجب شىء بعد.

ومنها: أن الضمان إذا صح لزم الضامن أداء ما ضمنه وكان للمضمون له مطالبته ولا نعلم فى هذا خلافًا، وهو فائدة الضمان، وقد دل قول النبى ﷺ: «والزعيم غارم» واشتقاق اللفظ، ومنها: صحة الضمان عن كل من وجب عليه حق، حيًا كان أو ميتًا، مليئًا أو مفلسًا لعموم لفظه فيه، وهذا قول أكثر أهل العلم، وقال أبو حنيفة: لا يصح ضمان دين الميت إلا أن يخلف وفاءً، فإن خلف بعض الوفاء صح ضمانه بقدر ما خلف، لأنه دين ساقط فلم يصح ضمانه كما لو سقط بالإبراء، ولأن ذمته قد خرجت خرابًا لا تعمر بعده فلم يبق فيها دين والضمان: ضم ذمة إلى ذمة فى التزامه.

تعذر مطالبة المضمون عنه، ولأنه وثيقة فلا يستوفى الحق منها إلاَّ مع تعذر استيفائه من الأصل كالرهن.

ولنا: قوله ﷺ: «الزعيم غارم» لأن الحق ثابت فى ذمة الضامن فملك مطالبته كالأصل، ولأن الحق ثابت فى ذمتهما فملك مطالبة من شاء منهما كالضامنين إذا تعذرت مطالبة المضمون عنه ولا يشبه الرهن، لأنه مال من عليه الحق وليس بدين ذمة يطالب، إنما يطالب من عليه الدين ليقضى منه أو من غيره، وقال أبو ثور: الكفالة والحوالة سواء وكلاهما ينقل الحق عن ذمة المضمون عنه والمحيل، وحكى ذلك عن ابن أبى ليلى وابن شبرمة وداود، وعن أحمد رواية: أن الميت يبرأ بمجرد الضمان، نص عليه فى رواية يوسف بن موسى واحتجوا بما روى أبو سعيد الخدرى قال: كنا مع النبى ﷺ فى جنازة فلما وضعت

ولنا: حديث أبى قتادة وعلىّ، فإنهما ضمنا دين ميت لم يخلف وفاءً والنبى ﷺ حضهم على ضمانه فى حديث أبى قتادة بقوله: «ألا قام أحدكم فضمنه؟» وهذا صريح فى المسألة، ولأنه دين ثابت فصح ضمانه كما لو خلف وفاء ودليل ثبوته أنه لو تبرع رجل بقضاء دينه جاز لصاحب الدين اقتضاؤه، ولو ضمنه حيًا ثم مات لم تبرأ ذمة الضامن، ولو برئت ذمة المضمون عنه برئت ذمة الضامن وفى هذا انفصال عما ذكروه، **ومنها:** صحة الضمان فى كل حق أعنى من الحقوق المالية الواجبة أو التى تؤول إلى الوجوب، كثمن المبيع فى مدة الخيار وبعده، والأجرة والمهر قبل الدخول أو بعده، لأن هذه الحقوق لازمه، وجواز سقوطها لا يمنع ضمانها كالثمن فى المبيع بعد انقضاء الخيار يجوز أن يسقط برد عيب أو مقايلة، وبهذا كله قال الشافعى.

فصل: فيما يصح ضمانه، ويصح ضمان الجعل فى الجعالة، وفى المسابقة والمناضلة، وقال أصحاب الشافعى فى أحد الوجهين: لا يصح ضمانه، لأنه لا يؤول إلى اللزوم، فلم يصح ضمانه كمال الكتابة.

ولنا: قول الله تعالى ﴿وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ ولأنه يؤول إلى اللزوم إذا عمل العمل، وإنما الذى لا يلزم العمل، والمال يلزم بوجوده، والضمان للمال دون العمل، ويصح ضمان أرش الجناية سواء كانت نقودًا كقيم المتلفات أو حيوانًا كالديات، وقال أصحاب

قال: «هل على صاحبكم من دين؟» قالوا: نعم درهمان فقال: «صلوا على صاحبكم» فقال على: هما علىَّ يا رسول الله وأنا لهما ضامن فقام رسول الله ﷺ فصلى عليه ثم أقبل علىٍّ على فقال: جزاك الله عن الإسلام خيرًا أو فك رهانك كما فككت رهان أخيك فقيل: يا رسول الله هذا لعلى خاصة أم للناس عامة؟ فقال: «بل للناس عامة»(1) رواه الدارقطنى، فدل على أن المضمون عنه برئ بالضامن، ولذلك صلى عليه رسول الله ﷺ، وروى الإمام أحمد فى المسند عن جابر قال: توفى صاحب لنا فأتينا به النبى ﷺ ليصلى عليه فخطا خطوة ثم قال: «أعليه دين؟» قلنا: ديناران فانصرف، فتحملهما أبو قتادة فقال: الديناران علىّ، فقال رسول الله ﷺ: «وجب حق الغريم وبرئ الميت منهما» قال: نعم، فصلى عليه ثم قال بعد ذلك: «ما فعل الديناران؟» قال: إنما مات أمس قال: فعاد إليه من الغد فقال: قد قضيتهما، فقال رسول الله ﷺ: «الآن بردت جلدته»(2) وهذا صريح فى براءة المضمون

(1) أخرجه الدارقطنى (٣/ ٤٧) وفى إسناده عطاء بن عجلان وهو ضعيف، والبيهقى فى السنن (٦/ ٧٣) من حديث أبى سعيد الخدرى، وقال: والحديث يدور على عبيد الله الوصافى، وهو ضعيف جدًا، ورواه من رواية على بن أبى طالب، وقال: فيه عطاء بن عجلان وهو ضعيف.

(2) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٣٤٣) مختصرًا، وأحمد فى مسنده (٣/ ٣٣٠) والبيهقى فى السنن (٦/ ٧٤) والحاكم فى المستدرك (٢/ ٥٨) وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبى، وذكره الهيثمى فى «المجمع» (٣/ ٣٩) وقال: رواه أبو داود باختصار، ورواه أحمد والبزار بإسناد حسن.

الشافعى: لا يصح ضمــان الحيوان الواجب فيها لأنه مجهول، وقــد مضى الدليل على صحة ضمان المجهول، ولأن الإبل الواجبة فى الذمـة معلومة الأسنان والعدد وجهالة اللون أو غيره من الصفات الباقية لا تضر، لأنه إنما يلزمه أدنى لون أو صفة فتحصل معلومة، وكذلك غيرها من الحيــوان، ولأن جهل ذلك لم يمنع وجــوبه بالإتلاف، فلم يمنع وجوبه بــالالتزام ويصح ضمان نفقة الزوجة، سواء كانت نفقة يومها أو مستقبلة، لأن نفقة اليوم واجبة والمستقبلة مآلها إلى اللزوم، ويلزمه ما يلزم الزوج فى قياس المذهب، وقال القاضى: إذا ضمن نفقة المستقبل لم تلزمه إلا نفقة الــمعسر، لأن الزيادة على ذلك تسقط بالإعسار وهذا مــذهب الشافعى على القول الذى قال فيه يصح ضمانها.

ولنا: أنه يصح ضمــان ما لم يجب واحتمال عــدم وجوب الزيادة لا يمنع صحة ضــمانها بدليل الجعل فــى الجعالة، والصــداق قبل الدخول، والبـيع فى مدة الخيــار، فأما النفـقة فى الماضى فإن كانت واجبة إما بحكم الحاكم بهــا، أو قلنا بوجوبها بدون حكمه صح ضمانها، وإلا فلا، ويصح ضــمان مال السلم فى إحدى الروايتـين، والأخرى لا يصح، لأنه يؤدى إلى استيفاء المسلم فيه من غــير المسلم إليه فلم يجز، كالحوالة به، والأول أصح، لأنه دين لازم فصح ضمانه كــالأجرة وثمن المبيع، ولا يصح ضمان مال الكـتابة فى إحدى الروايتين، وهو قول الشافعى وأكثر أهل العلم، والأخرى: يصح، لأنه دين على المكاتب فصح ضمانه كسائر الديون عليه، والأولى: أصح، لأنه ليس بلازم ولا مآله إلى اللزوم، فإن للكاتب تعــجيز نفسه والامتناع عن أدائه فــإذا لم يلزم الأصيل فــالضمين أولى، ويصــح ضمان الأعــيان المضــمونة كالمـغصوب والعارية، وبه قــال أبو حنيفة والشــافعى فى أحد القولين، وقــال فى الآخر: لا يصح، لأن الأعيان غيــر ثابتة فى الذمة، وإنما يضمن ما ثبت فى الذمة ووصــفنا لها بالضمان إنما معناه أنه يلزمه قيمتها إن تلفت والقيمة مجهولة.

عنه لقوله: «وبرئ المـيت منهما؟» ولأنه دين واحـد فإذا صار فى ذمـة نائبه برئت الأولى منه كالمحال به، لأن الدين الواحد لا يحل فى محلين.

ولنا: قول النبى ﷺ: «نفس المؤمن معـلقة بدينه حتى يقضى عنه»(3) وقوله فى خـبر أبى قـتادة: «الآن بردت جـلدته» حين أخـبـره أنه قضى ديـنه، ولأنها وثيـقـة لا تنقل الحق كالشهادة، فأما صلاة النبى ﷺ على المضمـون عنه فلأنه بالضمان صار له وفاء، وإنما كان ﷺ يمتنع من الصـلاة على مدين لم يخلف وفـاء، وأما قوله لعلى: «فك الله رهانك كـما فككت رهان أخيك» فإنه كان بحال لا يصلى عليه النبى ﷺ فلما ضمنه فكه من ذلك أو ما فى معناه، وقـوله: «برئ الميت منهـما؟» أى: صـرت أنت المطالب بهمـا، وهذا على وجه

(3) أخرجه التـرمذى (٣/ ح ١٠٧٨) وابن ماجه (٢/ ح ٢٤١٣) وأحمـد فى مسنده (٢/ ٤٤٠) والدارمى (٢/ ح ٢٥٩١) والحاكم فى المستدرك (٢/ ٢٧) وإسناده صحيح.

ولنا: أنها مضمونة على من هى فى يده فصح ضمانها كالحقوق الثابتة فى الذمة وقولهم: إن الأعيان لا تثبت فى الذمة، قلنا: الضمان فى الحقيقة إنما هو ضمان استنقاذها وردها، والتزام تحصيلها أو قيمتها عند تلفها، وهذا مما يصح ضمانه كعهدة المبيع، فإن ضمانها يصح وهو فى الحقيقة التزام رد الثمن أو عوضه إن ظهر المبيع عيب أو خرج مستحقًا، فأما الأمانات كالوديعة والعين المؤجرة والشركة والمضاربة والعين التى يدفعها إلى القصار والخياط فهذه إن ضمنها من غير تعد فيها لم يصح ضمانها، لأنها غير مضمونة على من هى فى يده، فكذلك على ضامنه، وإن ضمنها إن تعدى فيها، فظاهر كلام أحمد رحمه الله يدل على صحة الضمان، فإنه قال فى رواية الأثرم فى رجل يتقبل من الناس الثياب، فقال له رجل: ادفع إليه ثيابك وأنا ضامن، فقال له: هو ضامن لما دفعه إليه، يعنى إدا تعدى أو تلف بفعله، فعلى هذا إن تلف بغير تفريط منه ولا فعله لم يلزم الضامن شىء لما ذكرنا، وإن تلف بفعله أو تفريط لزمه ضمانها ولزم ضامنه: ذلك لأنها مضمونة على من هى فى يده فلزم ضامنه، كالغصوب والعوارى، وهذا فى الحقيقة ضمان ما لم يجب وقد بينا جوازه، ويصح ضمان عهدة المبيع عن البائع للمشترى وعن المشترى للبائع، فضمانه على المشترى هو أن يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه، وإن ظهر فيه عيب أو استحق رجع بذلك على الضامن، وضمانه عن البائع للمشترى هو أن يضمن عن البائع الثمن متى خرج المبيع مستحقًا أو رد بعيب أو أرش العيب، فضمان العهدة فى الموضعين هو ضمان الثمن أو جزء منه عن أحدهما للآخر، وحقيقة العهدة: الكتاب الذى يكتب فيه وثيقة البيع، ويذكر فيه الثمن فعبر به عن الثمن الذى يضمنه وممن أجاز ضمان العهدة فى الجملة: أبو حنيفة ومالك والشافعى، ومنع منه بعض الشافعية، لكونه ضمان ما لم يجب ضمان وضمان مجهول وضمان عين، وقد بينا جواز الضمان فى ذلك كله، ولأن الحاجة تدعو إلى الوثيقة على البائع، والوثائق ثلاثة: الشهادة، والرهن، والضمان، فأما الشهادة فلا يستوفى منها الحق، وأما الرهن فلا يجوز فى ذلك بالإجماع، لأنه يؤدى إلى أن يبقى أبدًا مرهونًا، فلم يبق إلا الضمان، ولأنه لا يضمن إلا ما كان واجبًا حال العقد، لأنه إنما يتعلق بالضمان حكم إذا خرج مستحقًا أو معيبًا حالاً العقد ومتى كان كذلك فقد ضمن ما وجب حين العقد والجهالة منتفية، لأنه ضمن الجملة، فإذا خرج بعضه مستحقًا لزمه بعض ما ضمنه، إذا ثبت هذا فإنه يصح ضمان العهدة عن البائع

التأكيد لثبوت الحق فى ذمته ووجوب الأداء عنه، بدليل قوله حين أخبره بالقضاء: «الآن بردت عليه جلده» وفارق الضمان الحوالة، فإن الضمان مشتق من الضم بين الذمتين فى تعلق الحق بهما وثبوته فيهما، والحوالة من التحول فيقتضى تحول الحق عن محله إلى ذمة المحال عليه، وقولهم: إن الدين الواحد لا يحل محلين قلنا: يجوز تعلقه بمحلين على سبيل الاستيثاق كتعلق دين الرهن به وبذمة الراهن كذلك هذا.

للمشترى قبل قبض الثمن وبعده، وقال الشافعى: إنما يصح بعد القبض، لأنه قبل القبض لو خرج مستحقًا لم يجب علي البائع شيء، وهذا ينبنى علـى ضمان ما لم يجب إذا كان مفضيًا إلى الوجوب كالجعالة، وألفاظ ضمان العهدة أن يقول: ضمنت عهدته أو ثمنه أو دركه، أو يقول للمشترى: ضمنت خلاصك منه، أو يقول: متى خرج المبيع مستحقًا فقد ضمنت لك الثمن، وحكى عن أبى يوسف أنه قال: ضمنت عهدته أو ضمنت لك العهدة، والعهدة فى الحقيقة: هى الصك المكتوب فيه الابتياع، هكذا فسره به أهل اللغة، فلا يصح ضمانه للمشترى، لأنه ملكه وليس بصحيح، لأن العهدة صارت فى العرف عبارة عن الدرك وضمان الثمن، والكلام المطلق يحمل على الأسماء العرفية دون اللغوية، كالرواية تحمل عند إطلاقها على المَزادَة، لا على الجمل، وإن كان هو الموضوع، فأما إن ضمن له خلاص المبيع فقال أبو بكر: هو باطل، لأنه إذا خرج حرًا أو مستحقًا لا يستطيع تخليصه ولا يحل، وقد قال أحمد فى رجل باع عبدًا أو أمة وضمن له الخلاص فقال: كيف يستطيع الخلاص إذا خرج حرًا فإن ضمن عهدة المبيع وخلاصة بطل فى الخلاص، وهل يصح فى العهدة؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة، إذا ثبت صحة ضمان العهدة فالكلام فيما يلزم الضامن، فنقول: إن استحقاق رجوع المشترى بالثمن لا يخلو إما أن يكون بسبب حادث بعد العقد أو مقارن له، فإما الحادث فمثل تلف المبيع من المكيل أو الموزون فى يد البائع أو بغضب من يده أو يتقايلان، فإن المشترى يرجع على البائع دون الضامن، لأن هذا الاستحقاق لم يكن موجودًا حال العقد، وإنما ضمن الاستحقاق الموجود حال العقد، ويحتمل أن يرجع به على الضامن لأن ضمان ما لم يجب جائز، وهذا منه، وأما إن كان بسبب مقارن نظرنا، فإن كان بسبب لا تفريط من البائع فيه كأخذه بالشفعة، فإن المشترى يأخذ الثمن من الشفيع ولا يرجع على البائع ولا الضامن، ومتى لم يجب على المضمون عنه شيء لم يجب علـى الضامن بطريق الأولي، وأما إن زال ملكه عن المبيع بسبب مقارن لتفريط من البائع باستحقاق أو حرية أو رد

2- **مسألة: (فإن برئت ذمة المضمون عنه برئ الضامن).**

متى برئت ذمة المضمون بقضاء أو إبراء برئت ذمة الضامن، لا نعلم فيه خلافًا، لأنه بيع، ولأنه وثيقة، فإذا برئ الأصل زالت الوثيقة كالرهن.

3- **مسألة: (وإن برئ الضامن أو أقر ببراءته لم يبرأ المضمون عنه)** لأنه أصل فلا يبرأ بإبراء التبع، ولأنه وثيقة انحلت من غير استيفاء الدين منها فلم تبرأ ذمة الأصل كالرهن إذا انفسخ من غير استيفاء، وأيهما قضى الحق برئا جميعًا من المضمون له، لأنه حق واحد، فإذا استوفى مرة زال تعلقه بهما كما لو استوفى الحق الذى به رهن، وإن أحال أحدهما الغريم برئا جميعًا، لأن الحوالة كالقضاء.

بعيب قديم فله الرجوع إلى الضامن، وهذا ضمان العهدة، فإن أراد أخذ أرش العيب رجع على الضامن أيضًا، لأنه إذا لزمه كل الثمن لزمه بعضه إذا استحق ذلك على المضمون عنه، وسواء ظهر كل المبيع مستحقًا أو بعضه، لأنه إذا ظهر بعضه مستحقًا بطل العقد فى الجميع فى إحدى الروايتين، فقد خرجت العين كلها من يده بسبب الاستحقاق، وعلى الرواية الأخرى: يبطل العقد فى الجميع، ولكن استحق ردها، فإن ردها كلها فالحكم كذلك، وإن أمسك المملوك منها فله المطالبة بالأرش، كما لو وجد بها عيبًا، ولو باعه عينًا أو أقرضه شيئًا بشرط أن يرهن عنده عينها فتكفل رجل بتسليم الرهن لم تصح الكفالة، لأنه لا يلزم الراهن إقباضه وتسليمه، فلا يلزم الكفيل ما لا يلزم الأصيل، وإن ضمن للمشترى قيمة ما يحدث فى المبيع من بناء أو غراس صح، سواء ضمنه البائع أو أجنبى، فإذا بنى أو غرس واستحق المبيع رجع المشترى على الضامن بقيمة ما تلف أو نقص، وبهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعى: لا يصح، لأنه ضمان مجهول: وضمان ما لم يجب، وقد بينا جواز ذلك.

فصل: ويجوز أن يضمن الحق عن الرجل الواحد اثنان أو أكثر سواء ضمن كل واحد جميعه أو جزءًا منه، فإن ضمن كل واحد منهم جميعه برئ كل واحد منهم بأداء أحدهم وإن أبرأ المضمون عنه برئ الجميع، لأنهم فروع له، وإن أبرأ أحد الضامنين برئ وحده، لأنهم غير فروع له فلم يبرءوا ببراءته كالمضمون عنه، وإن ضمن أحدهم صاحبه لم يجز، لأن الحق ثبت فى ذمته بضمانه الأصلى، فلا يجوز أن يثبت ثانيًا، ولأنه أصل فيه بالضمان، فلا يجوز أن يصير فيه فرعًا، ولو تكفل بالرجل الواحد اثنان جاز ويجوز أن يكفل كل واحد من الكفيلين صاحبه، لأن الكفالة ببدنه لا بما فى ذمته، وأى الكفيلين أحضر المكفول به برئ، وبرئ صاحبه من الكفالة، لأنه فرعه، ولم يبرأ من إحضار المكفول به، لأنه أصل فى ذلك، وإن كفل المكفول به الكفيل لم يجز، لأنه أصل له فى الكفالة فلم يجز أن يصير فرعًا فيما كفل به، وإن كفل به فى غيره جاز.

4- **مسألة: (ولو ضمن ذمى لذمى عن ذمى خمرًا فأسلم المضمون له أو المضمون عنه برئ هو والضامن معًا)**.

لأنه برئ من الخمر الذى ضمن عنه إذ لا يجوز وجوب خمر على مسلم، وإذا برئ المضمون عنه برئ الضامن، لأنه فرعه، وإن أسلم المضمون له برئ أيضًا، لأنه ليس للمسلم المطالبة بثمن الخمر لكونه لا قيمة له فى الإسلام، فإن أسلم وحده برئ ولم يبرأ المضمون عنه، لأنه أصل فلم يبرأ ببراءة فرعه كما لو أبرأه المضمون له.

5- **مسألة: (ولا يصح إلاَّ من جائز التصرف)**.

لا يصح الضمان إلاَّ ممن يصح تصرفه فى ماله رجلاً كان أو امرأة لأنه عقد يقصد به المال فصح من المرأة كالبيع.

فصل: فيمن يصح ضمانه ومن لا يصح، يصح ضمان كل جائز التصرف فى ماله، سواء كان رجلاً أو امرأة، لأنه عقد يقصد بـه المال فصح من المرأة كالبيع، ولا يصح من المجنون والمبـرسم(٤)، ولا من صبى غير مميز بغـير خلاف، لأنه إيجاب مال بعقد، فلم يصح منهم كالنذر والإقرار، ولا يصح فـى السفيه المحـجور عليه، ذكره أبو الخطاب وهو قـول الشافعى وقال القاضى: يصح ويتبع به بعد فك الحجر عنه، لأن من أصلنا أن إقراره صحيح يتبع به من بعد فك الحجر عنه صح، فكذلك ضمـانه والأول أولى، لأنه إيجاب مال بعقد فلم يصح منه كالبيع والشراء ولا يشبه الإقرار لأنه إخبار بحق سابق، وأما الصبى المميز فلا يصح ضمانه فى الصحيح من الوجهـين، وهو قول الشافعى، وخرجه أصحابنا على الروايتـين فى صحة إقراره وتصرفاته بإذن وليه، ولا يصح هذا الجمع لأن هذا التـزام مال لا فائدة له فيه، فلم يصح منه كالتـبرع والنذر، بخلاف البيع وإن اخـتلفا فى وقت الضمان بعـد بلوغه، فقال الصـبى: قبل بلوغى، وقـال المضمـون له بعد البـلوغ، فقال القـاضى: قيـاس قول أحـمد أن القـول قول المضمون له، لأن معه سلامة العقد، فكان القول قوله، كما لو اختلفا فى شرط فاسد.

ويحتـمل أن القول قـول الضامن، لأن الأصل عـدم البلوغ، وعدم وجوب الحـق عليه، وهذا قول الشافعى ولا يشبه هذا ما إذا اختلفا فى شرط فاسد، لأن المختلفين ثم متفقان على

6- مسألة: (ولا يصح من صبى ولا مجنون ولا سفيه ولا من عـبد بغير إذن سيده، وعنه يصح ويتبع به بعـد العتق، وإن ضمن بإذن سـيده صح، وهل يتعلق برقـبته أو ذمة سـيده؟ على روايتين).

لا يصح الضمان من مجنون ولا مبرسم ولا صبى غير مميز بغير خلاف، لأنه إيجاب مال فلم يصح منهم كالنذر والإقـرار، ولا يصح من السفيه المـحجور عليه، وهو قـول الشافعى، وقال القاضى: يصح ويتبع به بعد فك الحجـر عنه، ولأن من أصلنا أن إقراره صحيح يتبع به بعد فك الحجر عنـه كذلك ضمانه، والأول أولى لأنه إيجاب مال بعقـد فلم يصح منه كالبيع والشراء، وأما الإقرار فلنا فيه منع وإن سلم، فالفـرق بينهما أن الإقرار إخبار بحق سابق، وأما الصبى المميز فلا يصح ضمانه، وهو قول الشافعى، وخرج أصحابنا صحته على الروايتين فى صحة إقراره وتصرفه بإذن وليه، ولا يصح هذا الجمع، لأن هذا التزام مال لا فائدة له فيه فلم يصح كالتبرع والنذر بخلاف البيع، وإن اختلفا فى وقت الضـمان بعد بلوغه فقال الصبى: قبل بلوغى، وقال المـضمون له: بعـد البلوغ، فقال القـاضى: قياس قـول أحمد أن القـول قول المضمون له، لأن مـعه سلامة العقد فأشـبه ما لو اختلفا فى شرط فاسـد، ويحتمل أن القول قول الضـامن، لأن الأصل عدم البلوغ وعـدم وجوب الحق عليـه، وهذا قول الشـافعى، ولا يشبـه هذا ما إذا اختلفـا فى شرط فاسـد، لأن المختلفـين ثم متفـقان على أهلية التـصرف،

---

(٤) المبرسم: هو من به علة يهذى.

أهمية التصرف، والظاهر أنهما لا يتصرفان إلا تصرفًا صحيحًا، فكان قول مدعى الصحة هو الظاهر، وههنا اختلفا فى أهلية التصرف، وليس مع من يدعى الأهلية ظاهر يستند إليه، ولا أصل يرجع إليه، فلا ترجح دعواه، والحكم فيمن عرف له حال جنون كالحكم فى الصبى وإن لم يعرف له حال جنون فالقول قول المضمون له لأن الأصل عدمه، فأما المحجور عليه لفلس فيصح ضمانه، ويتبع به بعد فك الحجر عنه، لأنه من أهل التصرف، والحجر عليه فى ماله لا فى ذمته فأشبه الراهن، فصح تصرفه فيما عدا الرهن، فهو كما لو اقترض أو أقر أو اشترى فى ذمته، ولا يصح ضمان العبد بغير إذن سيده سواء كان مأذونًا له فى التجارة أو غير مأذون له وبهذا قال ابن أبى ليلى والثورى وأبو حنيفة، ويحتمل أن يصح ويتبع به بعد العتق، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى، لأنه من أهل التصرف فصح تصرفه بما لا ضرر على السيد فيه كالإقرار بالإتلاف، ووجه الأول: أنه عقد تضمن إيجاب مال، فلم يصح بغير إذن كالنكاح وقال أبو ثور: إن كان من جهة التجارة جاز، وإن كان من غير ذلك لم يجز، فإن ضمن بإذن سيده صح، لأن سيده لو أذن له فى التصرف صح، قال القاضى: وقياس المذهب تعلق المال برقبته، وقال ابن عقيل: ظاهر المذهب، وقياسه أنه يتعلق بذمة السيد، وقال أبو الخطاب: هل يتعلق برقبته أو بذمة سيده على روايتين كاستدانته بإذن سيده، وقد سبق الكلام فيها، فإن أذن له سيده فى الضمان ليكون القضاء من المال الذى فى يده صح، ويكون فى ذمته متعلقًا

والظاهر أنهما لا يتصرفان إلاَّ تصرفًا صحيحًا، فكان قول مدعى الصحة هو الظاهر، وههنا اختلفا فى أهلية التصرف، وليس مع من يدعى الأهلية ظاهر يستند إليه فلم ترجح دعواه، والحكم فيمن عرف له حال جنون كالحكم فى الصبى، وإن لم يعرف له حال جنون فالقول قول المضمون له، لأن الأصل عدمه، وأما المحجور عليه لفلس فيصح ضمانه ويتبع به بعد فك الحجر عنه، لأنه من أهل التصرف، والحجر عليه فى ماله لا فى ذمته فهو كتصرف الراهن فيما عدا الرهن، فأما العبد فلا يصح ضمانه بغير إذن سيده سواء كان مأذونًا له فى التجارة أو لا، وبهذا قال ابن أبى ليلى والثورى وأبو حنيفة، ويحتمل أن يصح ويتبع به بعد العتق وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى، لأنه من أهل التصرف فصح تصرفه بما لا ضرر فيه على السيد كالإقرار بالإتلاف.

ولنا: أنه عقد تضمن إيجاب مال فلم يصح بغير إذن السيد كالنكاح، وقال أبو ثور: إن كان من جهة التجارة جاز وإلا لم يجز، فإن ضمن بإذن سيده صح، لأن سيده لو أذن فى التصرف صح، قال القاضى: وقياس المذهب تعلق المال برقبته، لأنه دين لزمه بفعله فتعلق برقبته كأرش جنايته، وقال ابن عقيل: ظاهر المذهب وقياسه أنه يتعلق بذمة السيد، وقد ذكر شيخنا هنا روايتين، وكذلك ذكره أبو الخطاب كاستدانته بإذن سيده، وسنذكر ذلك - إن شاء الله تعالى - فإن أذن له سيده فى الضمان ليكون القضاء من المال الذى فى يده صح ويكون ما

بالمال الذى فى يد العـبد، كتعـلق حق الجناية برقبة الجـانى كما لو قال الحـر: ضمنت لك الدين على أن تأخذ من مالى هذا صح، وأما المكاتب فلا يصح ضمانه بغير إذن سيده كالعبد القن، لأنه تبرع بالتزام مال فأشبه نذر الصدقة بغير مال، ويحتمل أن يصح ويتبع به بعد عتقه، كقولنا فى العبد، وإن ضمن بإذنه ففيه وجهان: أحدهـما: لا يصح أيضًا، لأنه ربما أدى إلى تفويت الـحرية، والثـانى: لا يصح، لأن الحق لهما لا يخرج عنهما، فأما المريض فإن كان مرضـه غير مخـوف أو غير مـرض الموت فحكمه حكـم الصحيح، وإن كان مـرض الموت المخوف فحكم ضمانه حكم تبرعه بحسب من ثلثه، لأنه تبرع بالتزام مال لا يلزمه، ولم يأخذ عنه عوضًـا فأشبـه الهبة، وإذا فهـمت إشارة الأخرس صح ضـمانه، لأنه يصح بيعـه وإقراره وتبرعه فـصح ضمانه كالناطق، ولا يثبت الضمـان بكتابة منفردة عن إشارة يفهم بهـا أنه قصد الضمان لأنه قد يكتب عبثًا أو تجربة قلم فلم يثـبت الضمان مع الاحتمال ومن لا تفهم إشارته لا يصح منه الضمان، لأنه لا يدرى بضمانه، ولأنه لا يصح سائر تصرفاته فكذلك ضمانه.

فصل: إذا ضمن الدين الحال مؤجلاً، صح ويكون حالاً على المضمون عنه مؤجلاً على الضامن يملك مطالبة المضمون عنه دون الضامن، وبهـذا قال الشافعى، قال أحمد: فى رجل ضمن ما على فـلان أن يؤديه فى ثلاث سنين، فهو عليه، ويؤديه كما ضـمن، ووجه ذلك ما

فى ذمته متعلقًا بالمال الذى فى يد العبد كـتعلق حق الجناية برقبة الجانى، كما لو قال الحر: ضمنت لك هذا الدين على أن تأخذ من مالى هذا، صح.

فصل: ولا يصح ضمان المكاتب بغير إذن سيده كالقن، لأنه تبرع بالتزام مال أشبه نذر الصدقة بمـال معين ويحتمل أن يصح ويتبع به بعـد عتقه، كقولنا فى العـبد، وإن ضمن بإذنه ففيه وجهان: أحدهما: لا يصح أيضًا، لأنه ربما أدى إلى تفويت الحرية والثانى: يصح، لأن الحق لهما لا يخرج عنهما، فأما المريض فـإن كان مرضه غير مخوف أو لم يتصل به الموت فهو كالصحيح، وإن كان مرض الموت المـخوف فحكم ضمانه حكم تبرعه بحسب من ثلثه، لأنه تبرع بالتزام مـال لا يلزمه ولم يأخذ عنه عوضًا أشـبه الهبة، وإذا فهـمت إشارة الأخرس صح ضمانه، لأنه يصح بيعه وإقراره وتبرعه أشبه الباطن، ولا يثبت الضمان بكتابته منفردة عن إشارة يفهم بها أنه قـصد الضمان، لأنه قد يكتب عبثًا أو تجـربة قلم فلم يثبت الضمان به مع الاحـتمـال، ومن لا تفـهم إشارتـه لا يصح ضمـانه، لأنه لا يدرى بضـمـانه وكذلك سـائر تصرفاته.

7- **مسألة:** (ولا يصح إلا برضى الضامن ولا يعتبر رضى المـضمون له ولا المضمون عنه ولا معرفة الضامن لها).

لا يصح الضمان إلاَّ برضى الضامن، فإن أكـره عليه لم يصح، لأنه التزام مال فلم يصح بغير رضا الملتزم كالنذر، ولا يعتبر رضا المضـمون له، وقال أبو حنيفة ومحمد: يعتبر، لأنه

روى ابن عباس «أن رجلاً لزم غريمًا له بعشرة دنانير على عهد رسول الله ﷺ، فقال: ما عندى شيء أعطيكه، فقال: والله لا أفارقنك حتى تقضينى أو تأتينى بحميل، فجره إلى النبى ﷺ فقال له النبى ﷺ: «كم تستنظره؟» قال: شهراً قال رسول الله ﷺ: «فأنا أحمل» فجاء فى الوقت الذى قال النبى ﷺ، فقال له النبى ﷺ: «من أين أصبت هذا؟» قال: من معدن قال: لا خير فيها، وقضاها عنه» رواه ابن ماجه فى سننه[٥]، ولأنه ضمن مالاً بعقد مؤجل، فكان مؤجلاً كالبيع، **فإن قيل:** فعندكم الدين الحال لا يتأجل، فكيف يتأجل على الضامن أم كيف يثبت فى ذمة الضامن على غير الوصف الذى يتصف به فى ذمة المضمون عنه، **قلنا:** الحق يتأجل فى ابتداء ثبوته إذا كان بعقد، وهذا ابتداء ثبوته فى حق الضامن فإنه لم يكن ثابتًا عليه حالاً، ويجوز أن يخالف ما في ذمة الضامن ما فى ذمة المضمون عنه بدليل ما لو مات المضمون عنه والدين مؤجل، إذا ثبت هذا: وكان الدين مؤجلاً إلى شهر فضمنه إلى شهرين لم يكن له مطالبة الضامن إلى شهرين، فإن قضاه قبل الأجل فله الرجوع به فى الحال على الرواية التى تقول: إذا قضى دينه بغير إذن رجع به، لأن أكثر ما فيه ههنا أنه قضى بغير إذن وعلى الرواية الأخرى لا يرجع به قبل الأجل، لأنه لم يأذن له فى القضاء قبل ذلك، وإن كان الدين مؤجلاً فضمنه حالاً لم يصر حالاً، ولا يلزمه أداؤه قبل أجله، لأن الضامن فرع

إثبات مال لآدمى فلم يثبت إلاَّ برضاه أو رضا من ينوب عنه كالبيع والشراء، وعن أصحاب الشافعى كالمذهبين.

ولنا: أن أبا قتادة ضمن من غير رضا المضمون له ولا المضمون عنه، فأجازه النبى ﷺ، ولأنها وثيقة لا يعتبر فيها قبض فأشبهت الشهادة، ولأنه ضمان دين فأشبه ضمان بعض الورثة دين الميت للغائب، وقد سلموه، ولا يعتبر رضى المضمون عنه لا نعلم فيه خلافًا، لأنه لو قضى الدين عنه بغير إذنه ورضاه صح، فكذلك إذا ضمن عنه، وقد دل عليه حديث أبى قتادة، ولا يعتبر أن يعرفهما الضامن وقال القاضى: يعتبر معرفتهما ليعلم هل المضمون عنه أهل لاصطناع المعروف إليه أو لا، وليعرف المضمون له فيؤدى إليه، وذكر وجهًا آخر أنه يعتبر معرفة المضمون له لذلك ولا تعتبر معرفة المضمون عنه، لأنه لا معاملة بينه وبينه، ولأصحاب الشافعى ثلاثة أوجه نحو هذا.

ولنا حديث على وأبى قتادة فإنهما ضمنا لمن لم يعرفا وعمن لم يعرفا، ولأنه تبرع بالتزام مال فلم تعتبر معرفة من يتبرع له به كالنذر.

8- مسألة: (ولا يعتبر كون الحق معلومًا ولا واجبًا إذا كان مآله إلى الوجوب، فلو قال: ضمنت لك ما على فلان أو ما تداينه به صح).

يصح ضمان المجهول، فمتى قال: أنا ضامن لك ما على فلان أو ما تقوم به البينة أو ما

---

(٥) أخرجه ابن ماجه (٢/ ح ٢٤٠٦) وأبو داود (٣/ ح ٣٣٢٨) وإسناده صحيح.

للمضمون عنه فلا يلزمه ما لا يلزم المضمون عنه، ولأن المضمون عنه لو ألزم نفسه تعجيل هذا الدين، لم يلزمه تعجيله، فبأن لا يلزم الضامن أولى، ولأن الضمان التزام دين فى الذمة، فلا يجوز أن يلتزم ما لا يلزم المضمون عنه، فعلى هذا إن قضاه حالاً لم يرجع به قبل أجله، لأن ضمانه لم يغيره عن تأجيله، والفرق بين هذه المسألة والتى قبلها: أن الدين الحال ثابت فى الذمة مستحق القضاء فى جميع الزمان، فإذا ضمنه مؤجلاً فقد التزم بعض ما يجب على المضمون عنه، فصح كما لو كان الدين عشرة فضمن خمسة، وأما الدين المؤجل فلا يستحق قضاؤه إلا عند أجله، فإذا ضمنه حالاً التزام ما لم يجب على المضمون فأشبه ما لو كان الدين عشرة فضمن عشرين، وقيل: يحتمل أن يصح ضمان الدين المؤجل حالاً كما يصح ضمان الحال مؤجلاً قياسًا لإحداهما على الأخرى وقد فرقنا بينهما بما يمنع القياس إن شاء الله تعالى.

يقر به لك أو ما يخرج فى روزمانجك صح الضمان، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك، وقال الثورى والليث وابن أبى ليلى والشافعى وابن المنذر: لا يصح، لأنه التزام مال فلم يصح مجهولاً كالثمن.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ (يوسف: ٧٢) وحمل البعير غير معلوم، لأن حمل البعير محتلف باختلافه، وعموم قوله ﷺ: «الزعيم غارم» ولأنه التزام حق فى الذمة من غير معاوضة فصح فى المجهول كالنذر والإقرار، ولأنه يصح تعليقه بغرر وخطر وهو ضمان العهدة، وإذا قال: إلق متاعك فى البحر وعلىّ ضمانه، أو قال: ادفع ثيابك إلى هذا الرفاء وعلى ضمانها فصح فى المجهول كالعتق والطلاق.

فصل: ويصح ضمان ما لم يجب، فلو قال: ما أعطيت فلانًا فهو علىّ صح، والخلاف فى هذه المسألة كالتى قبلها، ودليل القولين ما ذكرنا، وقد قال فى هذه المسألة: الضمان: ضم ذمة إلى ذمة فى التزام الدين، فإذا لم يكن على المضمون عنه شيء لم يوجد ضم ولا يكون ضامنًا قلنا: قد ضم ذمته إلى ذمة المضمون عنه فى أنه يلزمه ما يلزمه، وإن ما يثبت مضمونه يثبت فى ذمته، وهذا كاف، وقد سلموا ضمان ما يلقيه فى البحر قبل وجوبه بقوله: إلق متاعك فى البحر وعلىّ ضمانه، وسلم أصحاب الشافعى فى أحد الوجهين ضمان الجعل فى الجعالة قبل العمل وما وجب شيء بعد.

9- مسألة: (ويصح ضمان دين الضامن).

نحو أن يضمن الضامن ضامن آخر، لأنه دين لازم فى ذمته فصح ضمانه كسائر الديون ويثبت الحق فى ذمم الثلاثة أيهم قضاه برئت ذممهم كلها، لأنه حق واحد، فإذا قضى مرة سقط فلم يجب مرة أخرى، وإن أبرأ الغريم المضمون عنه برئ الضامنان، لأنهما فرع، وإن أبرئ الضامن الأول برئ الضامنان لذلك، ولم يبرأ المضمون عنه لما تقدم، وإن أبرئ الضامن

فصل: وإذا ضمن دينًا مؤجلاً عن إنسان فمات أحدهما، إما الضامن وإما المضمون عنه، فهل يحل الدين على الميت منهما؟ على روايتين تقدم ذكرهما، فإن قلنا: يحل على الميت لم يحلْ على الآخر، لأن الدين لا يحل على شخص بموت غيره فإن كان الميت المضمون عنه لم يستحق مطالبة الضامن قبل الأجل فإن قضاه قبل الأجل كان متبرعًا بتعجيل القضاء وهل له مطالبة المضمون عنه قبل الأجل؟ يخرج على الروايتين فيمن قضى الدين بغير إذن من هو عليه، وإن كان الميت الضامن فاستوفى الغريم الدين من تركته لم يكن لورثته مطالبة المضمون عنه حتى يحل الحق لأنه مؤجل عليه فلا يستحق مطالبته به قبل أجله، وهذا مذهب الشافعي، وحكى عن زفر: أن لهم مطالبته، لأنه أدخله فى ذلك مع علمه أنه يحل بموته.

ولنا: أنه دين مؤجل فلا تجوز مطالبته به قبل الأجل كما لو لم يمت، وقوله: أدخله فيه، قلنا: إنما أدخله فى المؤجل وحلوله بسبب من جهته فهو كما لو قضى قبل الأجل.

٨٢٣- **مسألة:** قال: **(ولا يبرأ المضمون عنه بأداء الضامن).**

يعنى أن المضمون عنه لا يبرأ بنفس الضمان، كما يبرأ المحيل بنفس الحوالة قبل القبض، بل يثبت الحق فى ذمة الضامن مع بقائه فى ذمة المضمون عنه، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما فى الحياة وبعد الموت، وبهذا قال الثورى والشافعى وإسحاق وأبو عبيد

الثانى برئ وحده، ومتى حصلت براءة الذمة بالإبراء فلا رجوع فيها، لأن الرجوع مع الغرم وليس فى الإبراء غرم، والكفالة كالضمان فى هذا المعنى.

فصل: وإن ضمن المضمون عنه الضامن أو تكفل المكفول عنه الكفيل لم يصح، لأن الضمان يقتضى إلزامه الحق فى ذمته والحق لازم له فلا يتصور إلزامه ثانيًا، ولأنه أصل فى الدين فلا يجوز أن يصير فرعًا فيه فإن ضمن عنه دينًا آخر أو تكفل به فى حق آخر جاز لعدم ما ذكرنا.

10- **مسألة: (ويصح ضمان دين الميت المفلس وغيره ولا تبرأ ذمته قبل القضاء فى أصح الروايتين).**

يصح الضمان عن كل غريم وجب عليه حق حيًّا كان أو ميتًا مليئًا أو مفلسًا، وبه قال أكثر العلماء، وقال أبو حنيفة: لا يصح ضمان دين الميت إلا أن يخلف وفاء فإن خلف بعض الوفاء صح ضمانه بقدر ما خلف، لأنه دين ساقط فلم يصح ضمانه كما لو سقط بالإبراء، ولأن ذمته قد خربت خرابًا لا يعمر بعده فلم يبق فيه دين، والضمان: ضم ذمة إلى ذمة.

ولنا: حديث أبى قتادة فإنهما ضمنا دين ميت لم يخلف وفاء، وقد حضهم النبى ﷺ على ضمانه فى حديث أبى قتاده بقوله: «ألا قام أحدكم فضمنه» وهذا صريح فى المسألة، ولأنه دين ثابت فصح ضمانه كما لو خلف وفاء، ودليل ثبوته أنه لو تبرع رجل بقضاء دينه جاز لصاحب الحق اقتضاؤه، ولو ضمنه حيًّا ثم مات لم يبرأ منه الضامن، ولو برئت ذمة

وأصـحاب الرأى، وقـال أبو ثور: الكفـالة والحـوالة سـواء، وكلاهمـا ينقل الحق عن ذمـة المضمون عنه والمحيل، وحكى ذلك عن ابن أبى ليلى وابن شبرمة وداود، واحتجوا بما روى أبو سعيد الخدرى قال: كنا مع النبى ﷺ فى جـنازة فلما وضعت قال: هل على صاحبكم من دين؟ قالوا: نعم درهمان، فـقال: «صلوا على صاحبكم» فقـال علىٌّ: هما علىَّ يا رسول الله، وأنا لهما ضامن فقام رسول الله ﷺ فصلى عليه، ثم أقبل على علىٍّ فقال: جزاك الله خيرًا عن الإسلام، وفك رهانك كما فككت رهان أخيك فقيل: يا رسول الله هذا لعلىٍّ خاصة أم للناس عامة؟ فقـال: «للناس عامة» رواه الدارقطنى(٦) ، فدل علـى أن المضمـون عنه برئ بالضمـان، وروى الإمام أحمـد فى فى المسند عن جـابر قال: توفى صاحب لنا فـأتينا النبى ﷺ ليصلى عليه فخطا خطوة ثم قال: «أعليه دين؟» قلنا: ديناران، فانصرف، فتحملهما أبو قـتادة، فـقال: الدينـاران علىّ، فقـال رسول الله ﷺ : «وجب حـق الغريم وبرئ الميت منهما؟» قال: نعم، فـصلى عليه ثم قال بعد ذلك: ما فعل الـديناران؟ قال: إنما مات أمس، قال: فعاد إليه من الغد، فقال: قد قضيتهما، فقال رسول الله ﷺ : «الآن بردت جلده»(٧) وهذا صريح فى براءة المضمون عنه لقوله: «وبرئ المـيت منهما» ولأنه دين واحد، فإذا صار فى ذمة ثانية برئت الأولى منه كالمحال به، وذلك لأن الدين الواحد لا يحل فى محلين

المضـمون عنه برئت ذمة الضامن وفـى هذا انفصال عمـا ذكروه، إذا ثبت صحة ضـمان دين الميت فإن ذمتـه لا تبرأ من الدين قبل القضاء فى إحـدى الروايتين لقول النبى ﷺ : «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه»(4) ولأن النبى ﷺ سأل أبا قـتادة عن الدينارين الذين ضمنهما فقال: قد قضيتهما فقال: «الآن بردت جلدته»(5) رواه الإمام أحمد، ولأنه وثيقة بدين فلم يسقط قبل القضاء كالرهن وكالشهادة، **والثانـية:** يبرأ بمجرد الضمان نص عليه أحمد فى رواية يوسف بن موسى لقول الـنبى ﷺ فى حديث أبى قتادة: «وبرئ الميت منهـما» قال: نعم، وقد ذكرنا ذلك.

فـصل: ويصح الضمان فى جميع الحقوق المالية الواجبة والتى تئول إلى الوجوب كثمن المبيع فى مـدة الخيار وبعده والأجرة والمـهر قبل الدخول وبعده، ولأن هذه الحـقوق لازمة

---

(٦) أخرجه الدارقطنى (٣/ ٤٧) وفى إسناده عطاء بن عـجلان، وهو ضعيف، وأخرجه البـيهقى فى السنن (٦/ ٧٣) من حديث أبى سعيد الخدرى، وقال: والحديث يدور على عبيد الله الوصافى، وهو ضعيف جدًا، ورواه من رواية على بن أبى طالب، وقال: فيه عطاء بن عجلان، وهو ضعيف.

(٧) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٣٤٣) مخـتصرًا، وأحمد فى مسنده (٣/ ٣٣٠) والبـيهقى فى السنن (٦/ ٧٤) والحاكم فى المستدرك (٢/ ٥٨) وقال: صحيح الإسناد ولم يخـرجاه، ووافقه الذهبى، وذكره الهيثمى فى المجمع (٣/ ٣٩) وقال: رواه أبو داود باختصار، ورواه أحمد والبزار بإسناد حسن.

(4) تقدم برقم: 3. (5) تدم برقم: 2.

ولنا: قول النبى ﷺ: «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه»(٨) وقوله فى خبر أبى قتادة «الآن بردت جلدته» حين أخبره أنه قضى دينه، ولأنها وثيقة فلا تنقل الحق كالشهادة، وأما صلاة النبى ﷺ على المضمون عنه فلأنه بالضمان صار له وفاء، وإنما كان النبى ﷺ يمتنع من الصلاة على مدين لم يخلف وفاء، وأما قوله لعلى: «فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك» فإنه كان بحال لا يصلى عليه النبى ﷺ فلما ضمنه فكه من ذلك أو مما فى معناه، وقوله: «برئ الميت منهما» أى صرت أنت المطالب بهما. وهذا على سبيل التأكيد لثبوت الحق فى ذمته ووجوب الأداء عليه، بدليل قوله فى سياق الحديث حين أخبره بالقضاء: الآن بردت عليه جلدته، ويفارق الضمان الحوالة، فإن الضمان مشتق من الضم فيقتضى الضم بين الذمتين فى تعلق الحق بهما وثبوته فيهما، والحوالة من التحول، فتقتضى تحول الحق من محله إلى ذمة المحال عليه، وقولهم: إن الدين الواحد لا يحل فى محلين، قلنا: يجوز تعلقه بمحلين على سبيل الاستيثاق، كتعلق دين الرهن به وبذمة الراهن، وقال أبو بكر عبد العزيز: أما الحى فلا يبرأ بمجرد الضمان رواية واحدة، وأما الميت: ففى براءته بمجرد الضمان روايتان: **إحدهما:** يبرأ بمجرد الضمان، نص عليه أحمد فى رواية يوسف بن موسى لما ذكرنا من الخبرين، ولأن فائدة الضمان فى حقه تبرئة ذمته، فينبغى أن تحصل هذه الفائدة بمجرد الضمان، بخلاف الحى فإن المقصود من الضمان فى حقه الاستيثاق بالحق، وثبوته فى الذمتين آكد فى الاستيثاق بالحق، **والثانية:** لا يبرأ إلا بالأداء لما ذكرناه، ولأنه ضمان فلا يبرأ به المضمون عنه كالحى.

وجواز سقوطها لا يمنع صحة ضمانها كالثمن فى المبيع بعد انقضاء الخيار يجوز أن يسقط بالرد بالعيب وبالمقايلة، وهذا مذهب الشافعى.

١١- مسألة: (ويصح ضمان عهدة المبيع عن البائع للمشترى وعن المشترى للبائع).

فضمانه على المشترى هو أن يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه، وإن ظهر فيه عيب أو استحق رجع بذلك على الضامن، وضمانه عن البائع للمشترى هو أن يضمن عن البائع الثمن متى خرج المبيع مستحقًا أو رد بعيب أو أرش العيب، فضمان العهدة فى الموضعين هو ضمان الثمن أو جزء منه عن أحدهما للآخر، والعهدة: الكتاب الذى تكتب فيه وثيقة البيع ويذكر فيه الثمن فعبر به عن الثمن الذى يضمنه، وممن أجاز ضمان العهدة فى أبو حنيفة ومالك والشافعى، ومنع منه بعض أصحابه لكونه ضمان ما لم يجب وضمان مجهول وضمان عين وقد ثبت جواز الضمان فى ذلك كله، ولأن الحاجة تدعو إلى الوثيقة على البائع، والوثائق ثلاثة: الشهادة، والرهن، والضمان، فأما الشهادة فلا يستوفى منها الحق وأما الرهن

---

(٨) أخرجه الترمذى (٣/ ح ١٠٧٨) وابن ماجه (٢/ ح ٢٤١٣) وأحمد فى «مسنده» (٢/ ٤٤٠) والدارمى (٢/ ح ٢٥٩١) والحاكم (٢/ ٢٧) وإسناده صحيح.

فصل: ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما، وحكى عن مالك فى إحدى الروايتين عنه: أنه لا يطالب الضامن إلا إذا تعذر مطالبة المضمون عنه، لأنه وثيقة فلا يستوفى الحق منها إلا عند تعذر استيفائه من الأصل كالرهن.

ولنا: أن الحق ثابت فى ذمة الضامن فملك مطالبته كالأصيل، ولأن الحق ثابت فى ذمتهما فملك مطالبة من شاء منهما كالمضامنين إذا تعذر مطالبة المضمون عنه، ولا يشبه الرهن، لأنه مال من عليه الحق، وليس بذى ذمة يطالب إنما يطالب من عليه الدين ليقضى منه أو من غيره.

فصل: وإن أبرأ صاحب الدين المضمون عنه برئت ذمة الضامن لا نعلم فيه خلافًا، لأنه تبع ولأنه وثيقة، فإذا برئ الأصل زالت الوثيقة كالرهن، وإن أبرأ الضامن لم تبرأ ذمة المضمون عنه، لأنه أصل فلا يبرأ بإبراء التبع، ولأنه وثيقة انحلت من غير استيفاء الدين منها فلم تبرأ ذمة الأصيل كالرهن إذا انفسخ من غير استيفائه، وأيهما قضى الحق برئًا جميعًا من المضمون له، لأنه حق واحد، فإذا استوفى مرة زال تعلقه بهما كما لو استوفى الحق الذى به رهن، وإن أحال الغريم برئًا جميعًا، لأنه حق واحد، فإذا استوفى مرة زال تعلقه بهما كما لو استوفى دين الرهن، وإن أحال أحدهما الغريم برئًا جميعًا(٩)، لأن الحوالة كالقضاء.

فلا يجوز فى ذلك بالإجماع، لأنه يؤدى إلى أن يبقى أبدًا مرهونًا فلم يبق إلا الضمان، ولأنه لا يضمن إلا ما كان واجبًا حال العقد ومتى كان كذلك فقد ضمن ما وجب حين العقد والجهالة منتفية، لأنه ضمن الجملة فإذا خرج بعضه مستحقًا لزمه بعض ما ضمنه، إذا ثبت هذا فإنه يصح ضمان العهدة عن البائع للمشترى قبل قبض الثمن وبعده، وقال الشافعى: إنما يصح بعد القبض، لأنه قبل القبض لو خرج مستحقًا لم يجب على البائع شىء، وهذا ينبنى على ضمان ما لم يجب إذا كانت مفضيًا إلى الوجوب كالجعالة وسنذكرها، وألفاظ ضمان عهدة المبيع قوله: ضمنت عهدته أو ثمنه أو دركه أو يقول: للمشترى ضمنت خلاصك منه أو متى خرج المبيع مستحقًا فقد ضمنت لك الثمن، وحكى عن أبى يوسف أنه إذا قال: ضمنت عهدته أو ضمنت لك العهدة لم يصح، لأن العهدة الصك بالابتياع كذا فسره أهل اللغة فلا يصح ضمانه للمشترى، لأنه ملكه وليس بصحيح، لأن العهدة فى العرف عبارة عن الدرك وضمان الثمن والمطلق يحمل على الأسماء العرفية كالراوية تحمل عند إطلاقها على المزادة لا على الجمل، وإن كان الموضوع لغة، فأما إن ضمن له خلاص المبيع فقال أبو بكر: هو باطل، لأنه إذا خرج حرًا أو مستحقًا لم يستطع تخليصه ولا يحل، وقد قال أحمد فى رجل باع عبدًا أو أمة وضمن له الخلاص فقال: كيف يستطيع الخلاص إذا خرج حرًا، فإن ضمن

---

(٩) أثبتناه: من النسخة المطبوعة.

فصل: وإن ضمن الضامن ضامن آخر صح، لأنه دين لازم فى ذمته، فصح ضمانه كسائر الديون ويثبت الحق فى ذمم ثلاثة أيهم قضاه برئت ذممهم كلها، لأنه حق واحد فإذا قضى مرة لم يجب قضاؤه مرة أخرى، وإن أبرأ الغريم المضمون عنه برئ الضامنان لأنهما فرع، وإن أبرأ الضامن الأول برئ الضامنان كذلك، ولم يبرأ المضمون عنه لما تقدم، وإن أبرأ الضامن الثانى برئ وحده، ومتى حصلت براءة الذمة بالإبراء فلا يرجع فيها بحال، لأن الرجوع مع الغرم، وليس فى الإبراء غرم، والكفالة كالضمان فى هذا المعنى جميعه، وتزيد بأنه إذا مات المكفول عنه برئ كفيلاه، وإن مات الكفيل الأول برئ الثانى دون المكفول عنه، لأن الوثيقة انحلت من غير استيفاء، فأشبه الرهن، وإن مات الكفيل الثانى برئ وحده.

فصل: وإن ضمن المضمون عنه الضامن أو تكفل المكفول عنه الكفيل لم يصح، لأن الضمان يقتضى إلزامه الحق فى ذمته، والحق لازم له، فلا يتصور إلزامه ثانيًا، ولأنه أصل فى

عهدة المبيع وخلاصه بطل فى الخلاص، وتنبنى صحته فى العهدة على تفريق الصفقة، إذا ثبت صحة ضمان العهدة فالكلام فيما يلزم الضامن فنقول استحقاق رجوع المشترى بالثمن إما أن يكون بسبب حادث بعد العقد أو مقارن له، فأما الحادث فمثل تلف المكيل والموزون فى يد البائع أو بغصب من يده أو يتقايلان فإن المشترى يرجع على البائع دون الضامن، لأن هذا لم يكن موجودًا حال العقد وإنما ضمن الاستحقاق الموجود حال العقد، ويحتمل أن يرجع به على الضامن، لأن ضمان ما لم يجب جائز وهذا منه، وأما إن كان بسبب مقارن نظرنا فإن كان بسبب لا تفريط من البائع فيه كأخذه بالشفعة فإن المشترى يأخذ الثمن من الشفيع ولا يرجع على البائع ولا الضامن ومتى لم يجب على المضمون عنه لم يجب على الضامن بطريق الأولى، فأما إن كان زوال ملكه عن المبيع بسبب مقارن لتفريط من البائع باستحقاق أو حرية أو رد بعيب قديم فله الرجوع على الضامن وهذا ضمان العهدة، وإن أراد أخذ أرش العيب رجع على الضامن أيضًا، لأنه إذا لزمه كل الثمن لزمه بعضه إذا استحق ذلك على المضمون عنه، وسواء ظهر كل المبيع مستحقًا أو بعضه، لأنه إذا ظهر بعضه مستحقًا بطل العقد فى الجميع فى إحدى الروايتين فقد خرجت العين كلها من يده بسبب الاستحقاق، وعلى الرواية الأخرى يبطل فى البعض المستحق وله رد الجميع، فإن ردها فهو كما لو استحقت كلها، وإن أمسك بعضها فله المطالبة بالأرش كما لو وجدها معيبة، ولو باعه عينًا أو أقرضه بشرط أن يرهن عنده عينًا عينها فتكفل رجل بتسليم الرهن لم تصح الكفالة، لأنه لا يلزم البائع فلا يلزم الكفيل ما لا يلزم الأصل، وإن ضمن للمشترى قيمة ما يحدث فى المبيع من بناء أو غراس صح سواء ضمنه البائع أو أجنبى، فإذا بنى أو غرس فاستحق المبيع رجع المشترى على الضامن بقيمة ما تلف أو نقص، وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى: لا يصح، لأنه ضمان مجهول وضمان ما لم يجب، وقد بينا جوازه.

هذا الدين فلا يجوز أن يصير فرعًا فيه، وإن ضمن عنه دينًا آخر أو كفل به فى حق آخر جاز لعدم ما ذكرناه فيه.

فصل: ويجوز أن يضمن الحق عن الرجل الواحد اثنان وأكثر سواء ضمن كل واحد منهم جميعه أو جزء منه، فإن ضمن كل واحد منهم جميعه برئ كل واحد منهم بأداء أحدهم، وإن أبرأ المضمون عنه برئ الجميع، لأنهم فروع له، وإن أبرئ أحد الضمان برئ وحده ولم يبرأ غيره، لأنهم غير فروع له، فلم يبرءوا ببراءته كالمضمون عنه، وإن ضمن أحدهم صاحبه لم يجز، لأن الحق ثبت فى ذمته بضمانه الأصلى فلا يجوز أن يثبت ثانيًا، ولأنه أصل فيه بالضمان، فلا يجوز أن يصير فيه فرعًا، ولو تكفل بالرجل الواحد رجلان جاز ويجوز أن يتكفل كل واحد من الكفيلين صاحبه، لأن الكفالة ببدنه لا بما فى ذمته، وأى الكفيلين أحضر المكفول به برئ وبرئ صاحبه من الكفالة، لأنه فرعه ولم يبرأ من إحضار المكفول به، لأنه أصل فى ذلك، وإن كفل المكفول الكفيل لم يجز، لأنه أصل له فى الكفالة لم يجز أن يصير فرعًا له فيما كفل به، وإن كفل به، فى غير هذا الحق جاز، لأنه ليس بفرع له فى ذلك.

٨٢٤- **مسألة:** قال: (**فمتى أدى رجع عليه سواء قال له: اضمن عنى أو لم يقل**).

يعنى: إذا أدى الدين محتسبًا بالرجوع على المضمون عنه، فأما إن قضى الدين متبرعًا به غير ناوٍ للرجوع به فلا يرجع بشىء، لأنه بتطوع بذلك، أشبه الصدقة، وسواء ضمن بأمره أو بغير أمره، فأما إذا أداه بنية الرجوع به لم يخل من أربعة أحوال:

أحدها: أن يضمن بأمر المضمون عنه ويؤدى بأمره فإنه يرجع عليه سواء قال له: اضمن

12- **مسألة:** (**ولا يصح ضمان دين الكتابة فى أصح الروايتين**).

وهو قول الشافعى وأكثر أهل العلم، والأخرى يصح، لأنه دين على المكاتب فصح ضمانه كسائر ديونه والأولى أصح، لأنه ليس بلازم ولا مآله إلى اللزوم، لأن للمكاتب تعجيز نفسه والامتناع من الأداء، فإذا لم يلزم الأصل فالضامن أولى.

13- **مسألة:** (**ولا يصح ضمان الأمانات كالوديعة ونحوها إلاَّ أن يضمن التعدى فيها**).

أما الأمانات كالوديعة والعين المؤجرة والشركة والمضاربة والعين المدفوعة إلى الخياط والقصار فإن ضمنها من غير تعد فيها لم يصح، لأنها غير مضمونة على صاحب اليد فكذلك على ضامنه، وإن ضمن التعدى فيها فظاهر كلام أحمد رحمه الله تعالى صحة ضمانها فإنه قال فى رواية الأثرم فى رجل يتقبل من الناس الثياب فقال له رجل: ادفع إليه ثيابك وأنا ضامن فقال: هو ضامن لما دفعه إليه يعنى: إذا تعدى أو تلف بفعله، فعلى هذا إن تلف بغير فعله ولا تفريط منه فلا شىء على الضامن، وإن تلف بفعله أو تفريط لزمه ضمانه ولزم ضامنه أيضًا، لأنها مضمونة على من هى فى يده فهى كالغصوب والعوارى وهذا فى الحقيقة ضمان ما لم يجب، وقد ذكرناه.

عنى، أو أدِّ عنى: أو أطلق، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف، وقال أبو حنيفة ومحمد: إن قال: اضمن عنى وانقد عنى رجع عليه، وإن قال: انقد هذا لم يرجع إلا أن يكون مخالطًا له يستقرض منه ويودع عنده، لأن قوله: اضمن عنى وانقد عنى إقرار منه بالحق، وإذا أطلق ذلك صار كأنه قال: هب لهذا أو تطوع عليه، وإذا كان مخالطًا له رجع استحسانًا، لأنه قد يأمر مخالطه بالنقد عنه.

ولنا: أنه ضمن ودفع بأمره، فأشبه إذا كان مخالطًا له، أو قال: اضمن عنى وما ذكراه ليس بصحيح، لأنه إذا أمره بالضمان لا يكون إلا لما هو عليه، وأمره بالنقد بعد ذلك ينصرف إلى ما ضمنه بدليل المخالط له، فيجب عليه أداء ما أدى عنه كما لو صرح به.

الحال الثاني: ضمن بأمره وقضى بغير أمره فله الرجوع أيضًا، وبه قال مالك والشافعي فى أحد الوجوه عنه، والوجه الثانى: لا يرجع به، لأنه دفع بغير أمره، أشبه ما لو تبرع به، **الثالث:** أنه إن تعذر الرجوع على المضمون عنه فدفع ما عليه رجع وإلا فلا لأنه تبرع بالدفع.

14- مسألة: (فأما الأعيان المضمونة كالغصوب والعوارى والمقبوض على وجه السوم فيصح ضمانها).

وبه قال أبو حنيفة والشافعي فى أحد قوليه، وقال فى الآخر: لا يصح، لأن الأعيان غير ثابتة فى الذمة فإنما يضمن ما يثبت فى الذمة ووصفنا لها بالضمان إنما معناه أنه يلزم قيمتها عند التلف والقيمة مجهولة.

ولنا: أنها مضمونة على من هى فى يده فصح ضمانها كالحقوق الثابتة فى الذمة، قولهم: إن الأعيان لا تثبت فى الذمة، قلنا: الضمان فى الحقيقة إنما هو ضمان استنقاذها وردها والتزام تحصيلها أو قيمتها عند تلفها وهذا مما يصح ضمانه كعهدة المبيع فإنه يصح وهى فى الحقيقة التزام رد الثمن أو عوضه إن ظهر بالمبيع عيب أو استحق.

فصل: ويصح ضمان الجعل فى الجعالة وفى المسابقة والمناضلة، وقال أصحاب الشافعي: لا يصح ضمانه فى أحد الوجهين، لأنه لا يئول إلى اللزوم أشبه مال الكتابة.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿**وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ**﴾ (يوسف: ٧٢) ولأنه يئول إلى اللزوم إذا عمل العمل، وإنما الذى لا يلزم العمل والمال يلزم بوجوده، والضمان للمال دون العمل، ويصح ضمان أرش الجناية سواء كان نقودًا كقيم المتلفات أو حيوانًا كالديات وقال أصحاب الشافعي: لا يصح ضمان الحيوان الواجب فيها، لأنه مجهول، وقد مضى الدليل على صحة ضمان المجهول، ولأن الإبل الواجبة فى الدية معلومة الأسنان والعدد وجهالة اللون وغيره من الصفات الباقية لا تضر، لأنه إنما يلزمه أدنى لون وصفة فيحصل معلومه، وكذلك غيرها من الحيوان، ولأن جهل ذلك لا يمنع وجوبه بإتلاف فلم يمنع وجوبه بالالتزام، ويصح ضمان نفقة الزوجة سواء كانت نفقة يومها أو مستقبلة، لأن نفقة اليوم واجبة

ولنا: أنه إذا أذن في الضمان تضمن ذلك إذنه فى الأداء، لأن الضمان يوجب عليه الأداء فرجع عليه كما لو أذن فى الأداء صريحًا.

الحال الثالث: ضمن بغير أمره وقضى بأمره فله الرجوع أيضًا، وظاهر مذهب الشافعى لأنه لا يرجع لأنه أمره بالقضاء انصرف إلى ما وجب بضمانه.

ولنا: أنه أدى دينه بأمره فرجع عليه كما لو لم يكن ضامنًا أو كما لو ضمن بأمره، وقولهم: إن إذنه فى القضاء انصرف إلى ما وجب بضمانه، قلنا: الواجب بضمانه إنما هو أداء دينه وليس هو شيئًا آخر فمتى أداه عنه بإذنه لزمه إعطاؤه بدله.

الحال الرابع: ضمن بغير أمره وقضى بغير أمره ففيه روايتان: **إحداهما:** يرجع بما أدى، وهو قول مالك وعبد الله بن الحسن وإسحاق، **والثانية:** لا يرجع بشيء، وهو قول أبى حنيفة والشافعى وابن المنذر بدليل حديث على وأبى قتادة فإنهما لو كانا يستحقان الرجوع على الميت صار الدين لهما فكانت ذمة الميت مشغولة بدينهما كاشتغالها بدين المضمون عنه، ولم يصل عليه النبى ﷺ، ولأنه تبرع بذلك، أشبه ما لو علف دوابه، وأطعم عبيده بغير أمره، ووجه الأولى: أنه قضاء مبرئ من دين واجب، فكان من ضمان من هو عليه كالحاكم إذا قضاه عنه عند امتناعه، فأما على وأبو قتادة فإنهما تبرعا بالقضاء والضمان فإنهما قضيا دينه قصدًا لتبرئة ذمته ليصلى عليه ﷺ مع علمهما بإنه لم يترك وفاء والمتبرع لا يرجع بشيء، وإنما الخلاف فى المحتسب بالرجوع.

فصل: ويرجع الضامن على المضمون عنه بأقل الأمرين مما قضى أو قدر الدين، لأنه إن كان الأقل الدين، فالزائد لم يكن واجبًا، فهو متبرع بأدائه، وإن كان المقضى أقل، فإنما

والمستقبلة مآلها إلى اللزوم ويلزمه ما يلزم الزوج فى قياس المذهب، وقال القاضى: إذا ضمن نفقة المستقبل لم يلزمه إلا نفقة المعسر، لأن الزيادة على ذلك تسقط بالإعسار، وهذا مذهب الشافعى على القول الذى قال فيه: يصح ضمانها.

ولنا: أنه يصح ضمان الجعالة والصداق قبل الدخول والمبيع فى مدة الخيار، فأما النفقة فى الماضى فإن كانت واجبة بحكم حاكم أو قلنا بوجوبها بدون حكمه صح ضمانها وإلا فلا، وفى صحة ضمان السلم اختلاف نذكره فى بابه.

15- **مسألة: (وإن قضى الضامن الدين متبرعًا لم يرجع بشيء)** لأنه تطوع بذلك أشبه الصدقة وسواء ضمن بإذنه أو بغير إذنه.

16- **مسألة: (وإن نوى الرجوع وكان الضمان والقضاء بغير إذن المضمون عنه فهل يرجع؟ على روايتين، وإن أذن له فى أحدهما فله الرجوع بأقل الأمرين مما قضى أو قدر الدين)**.

وجملة ذلك أن الضامن متى أدى الدين بنية الرجوع لم يخل من أربعة أقسام:

يرجع بما غرم، ولهذا أبرأه غريمه لم يرجع بشىء، وإن دفع عن الدين عرضًا رجع بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الدين لذلك فإن قضى المؤجل قبل أجله لم يرجع به قبل أجله، لأنه لا يجب له أكثر مما كان للغريم فإن أحاله كانت الحوالة بمنزلة تقبيضه ويرجع بالأقل مما أحال به أو قدر الدين، سواء قبض الغريم من المحال عليه أو أبرأه، أو تعذر عليه الاستيفاء، لفلس أو مطل، لأن نفس الحوالة كالإقباض.

أحدها: أن يضمن بإذن المضمون عنه ويؤدى بأمره فإنه يرجع عليه سواء قال اضمن عنى وأدّ عنى أو أطلق، وبهذا قال مالك والشافعى وأبو يوسف، وقال أبو حنيفة ومحمد: إن قال اضمن عني وانقد عني رجع عليه، وإن قال: انقد هذا لم يرجع إلا أن يكون مخالطًا له يستقرض منه ويودع عنده، لأن قوله: اضمن عنى وانقد عنى إقرار منه بالحق، وإذا أطلق صار كأنه قال: هب لهذا أو تطوع، وإذا كان مخالطًا له رجع استحسانًا، لأنه قد يأمر مخالطه بالنقد عنه.

ولنا: أنه ضمن ودفع بأمره فأشبه ما لو كان مخالطًا له، أو قال: اضمن عنى وما ذكراه ليس بصحيح، لأنه إذا أمره بالضمان لا يكون إلا لما هو عليه وأمره بالنقد بعد ذلك ينصرف إلى ما ضمنه بدليل المخالطة له فيجب عليه أداء ما أدى عنه، كما لو صرح به.

الثانى: ضمن بأمره وقضى بغير أمره فله الرجوع أيضًا، وبه قال مالك والشافعى فى أحد الوجوه عنه، والوجه الثانى: لا يرجع، لأنه دفع بغير أمره أشبه ما لو تبرع، الوجه الثالث: أنه إن تعذر الرجوع على المضمون عنه فدفع ما عليه رجع وإلا فلا، لأنه تبرع بالدفع.

ولنا أنه إذا أذن فى الضمان تضمن ذلك إذنه فى الأداء، لأن الضامن يوجب عليه الأداء فرجع عليه، كما لو أذن فى الأداء صريحًا.

الثالث: ضمن بغير أمره وقضى بأمره فله الرجوع أيضًا وظاهر مذهب الشافعى أنه لا يرجع، لأن أمره بالقضاء انصرف إلى ما وجب بضمانه.

ولنا: أنه أدى دينه بأمره فرجع عليه كما لو لم يكن ضامنًا أو كما لو ضمن بأمره، قولهم: إن إذنه فى القضاء انصرف إلى ما وجب بضمانه قلنا: والواجب بضمانه إنما هو أداء دينه وليس هو شيئًا آخر، فمتى أدّاه عنه بإذنه لزمه إعطاؤه بدله.

الرابع: ضمن بغير أمره وقضى بغير أمره ففيه روايتان: إحداهما: يرجع، وهو قول مالك وعبيد الله بن الحسن وإسحاق، والثانية: لا يرجع بشىء، وهو قول أبى حنيفة والشافعى وابن المنذر بدليل حديث على وأبى قتادة فإنهما لو كانا يستحقان الرجوع على الميت صار الدين لهما فكانت ذمة الميت مشغولة بدينهما كاشتغالهما بدين المضمون له ولم يصل عليه النبى ﷺ، لأنه تبرع بذلك أشبه ما لو علف دوابه وأطعم عبيده بغير أمره، ووجه الأولى أنه قضاء مبرئ من دين واجب فكان من ضمان من هو عليه، كالحاكم إذا قضى عنه عند امتناعه،

فـصل: ولو كان على رجلين مائة على كل منهما نصفها، وكل واحد ضامن عن صاحبه ما عليه فضــمن آخر عن أحدهما المائة بأمره وقضاها، سـقط الحق عن الجميع، وله الرجوع بها على الذى ضمن عنه، ولم يكن له أن يرجع على الآخـر بشىء فى إحدى الروايتين، لأنه لم يضمن عنه، ولا أذن له فى القضاء فإذا رجع على الذى ضمن عنه رجع على الآخر بنصفها إن كان ضمن عنه بإذنه لأنه ضمنها عنه بإذنه وقضاها ضامنه، والرواية الثانية: له الرجوع على الآخر بالمائة، لأنها وجبت له على من أدَّاها عنه، فملك الرجوع بها عليه كالأصل.

فـصل: إذا ضمن عن رجل بإذنه فطولب الضامن، فله مطالبة المـضمون عنه بتخليصه، لأنه لزمه الأداء عنه بأمره، فكـانت له المطالبة بتبرئة ذمتـه، وإن لم يطالب الضامن لم يملك مطالبة المضمـون عنه، لأنه لما لم يكن له الرجوع بالدين قبل غرامـته لم يكن له المطالبة به قبل طـلبه منه، وفـيه وجه آخـر: أن له المطالبـة، لأنه شغل ذمـته بإذنه فكانت له المطالـبة بتفريغهـا، كما لو استعار عبـدًا فرهنه كان للسيد مطالبته بفـكاكه وتفريغه من الرهن، والأول أولى، ويفارق الضمان العارية، لأن السـيد يتضرر بتعويق منافع عبده المسـتعار فملك المطالبة

فأما علىّ وأبو قتادة فإنهمـا تبرعا بالقضاء والضمان فإنهما قضيا دينه قـصدًا لتبرئة ذمته ليصلى عليه النبى ﷺ مع علمهـما أنه لم يترك وفاءه، والمتبـرع لا يرجع بشىء وإنما الخلاف فى المحتسب بالرجوع.

فـصل: ويرجع الضامن على المضمون عنه بأقل الأمـرين مما قضى أو قدر الدين، لأنه إن كان الأقل الدين فالزائد لم يكن واجبًا فهو متبرع به، وإن كان المقضى أقل فإنما يرجع بما غرم ولهـذا لو أبرأه غريمه لم يرجع بشىء فـإن دفع عن الدين عرضًـا رجع بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الدين لما ذكرنا.

فـصل: ولو كان على رجلين مائة على كـل واحد منهما نصفهـا وكل واحد ضامن عن صاحـبه ما عليه فـضمن آخر عن أحـدهما المائة بأمره وقـضاها سقط الحق عن الجـميع وله الجوع على الذى ضمن عنه ولم يكن له أن يرجع على الآخر بشىء فى إحدى الروايتين، لأنه لم يقضِ عنه ولا أذن له فى القضاء، فإذا رجع على الذى ضـمن رجع على الآخر بنصفها إن كان ضمن عنه بإذنه، لأنه ضمنها عنه بإذنه وقضاها ضامنه، والرواية الثانية: له الرجوع على الآخر بالمائة لأنها وجبت له على من أدَّاها عنه فملك الرجوع بها كالأصل.

فـصل: وإذا ضمن عن رجل بأمره فطولب الضامن فله مطالبة المـضمون عنه بتخليصه، لأنه لزمه الآداء عنـه بأمره فكانت له المطالبـة بتبرئة ذمـته، وإن لم يطالب الضـامن لم يملك مطالبة المضمون عنه، لأنه لما لم يكن له الرجوع بـالدين قبل غرامته لم تكن له المطالبة قبل طلبه منه وفيه وجه آخر: أن له المطالبة، لأنه شغل ذمته بإذنه فكانت له المطالبة بتفريغها كما لو استعـار عبدًا فرهنه كـان لسيده مطالبـته بفكاكه وتفريغـه من الرهن والأولى أولى، ويفارق

بما يزيل الضرر عنه، والضامن لا يبطل بالضمان شيء من منافعه، فأما إن ضمن عنه بغير أمره لم يملك مطالبة المضمون عنه قبل الأداء بحال، لأنه لا حق له يطالب به، ولا شغل ذمته بأمره، فأشبه الأجنبي، وقيل: إن هذا ينبني على الروايتين في رجوعه على المضمون عنه بما أدى عنه، فإن قلنا: لا يرجع، فلا مطالبة له بحال، وإن قلنا: يرجع، فحكمه حكم من ضمن عنه بأمره على ما مضى تفصيله.

فصل: فإن ضمن الضامن ضامن آخر فقضى أحدهم الدين برئوا جميعًا، فإن قضاه المضمون عنه لم يرجع على أحد، وإن قضاه الضامن الأول رجع على المضمون عنه دون الضامن عنه وإن قضاه الثاني رجع على الأول ثم رجع الأول على المضمون عنه إذا كان كل واحد منهما قد أذن لضامنه، فإن لم يكن أذن له ففي الرجوع روايتان، وإن أذن الأول للثاني ولم يأذن المضمون عنه، أو إذن المضمون عنه لضامنه ولم يأذن الضامن لضامنه، رجع المؤذون له على من أذن له، ولم يرجع الآخر على إحدى الروايتين فإن أذن المضمون عنه للضامن الثاني في الضمان ولم يأذن له الضامن الأول، رجع على المضمون عنه، ولم يرجع على الضامن، لأنه إنما يرجع على من أذن له دون غيره.

فصل: إذا كان له ألف على رجلين، على كل واحد منهما نصفه، وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه فأبرأ الغريم أحدهما من الألف برئ منه، وبرئ صاحبه من ضمانه، وبقي

الضمان العارية، لأن السيد يتضرر بتعويق منافع عبده المستعار فملك المطالبة بما يزيل الضرر عنه، والضامن لا يبطل بالضمان شيء من منافعه، فأما إن ضمن عنه بغير إذنه لم يملك مطالبة المضمون عنه قبل الآداء بحال، لأنه لا حق له يطالب به ولا شغل ذمته بأمره فأشبه الأجنبي، وقيل: إن هذا ينبني على الروايتين في رجوعه على المضمون عنه بما أدى عنه، فإن قلنا: لا يرجع فلا مطالبة له بحال، وإن قلنا يرجع فحكمه حكم من ضمن عنه بأمره على ما مضى تفصيله.

فصل: وإن ضمن الضامن آخر فقضى أحدِهما الدين برئ الجميع، فإن قضاه المضمون عنه لم يرجع على أحد، وإن قضاه الضامن الأول رجع على المضمون عنه دون الضامن الثاني، وإن قضاه الثاني رجع على الأول ثم رجع الأول على المضمون عنه إذا كان كل واحد منهما قد أذن لصاحبه، فإن لم يكن أذن له ففي الرجوع روايتان، وإن أذن الأول للثاني ولم يأذن المضمون عنه أو أذن المضمون عنه لضامنه ولم يأذن الضامن لضامنه رجع المأذون له على من أذن له ولم يرجع على الآخر على إحدى الروايتين، فإن أذن المضمون عنه للضامن الثاني في الضمان ولم يأذن له الضامن الأول رجع على المضمون عنه ولم يرجع على الضامن، لأنه إنما يرجع على من أذن له دون غيره.

فصل: إذا كان له ألف على رجلين على كل واحد منهما نصفه وكل واحد منهما ضامن

عليه خمسمائة، وإن قضاه أحدهما خمسمائة أو أبرأه الغريم منها وعين القضاء بلفظه أو ببينة عن الأصل والضمان انصرف إليه، وأن أطلق احتمل أن له صرفها إلى ما شاء منهما، كمن أخرج زكاة نصاب وله نصابان غائب وحاضر كان له صرفها إلى ما شاء منهما، واحتمل أن يكون نصفها عن الأصل ونصفها عن الضمان، لأن إطلاق القضاء والإبراء ينصرف إلى جملة ما فى ذمته فيكون بينهما، والمعتبر فى القضاء: لفظ القاضى ونيته، وفى الإبراء: لفظ المبرئ ونيته، ومتى اختلفوا فى ذلك، فالقول قول من المعتبر لفظه ونيته.

فصل: ولو ادعى ألفًا على حاضر وغائب، وأن كل واحد منهما ضامن عن صاحبه فاعترف الحاضر بذلك فله أخذ الألف منه، فإذا قدم الغائب فاعترف رجع عليه صاحبه بنصفه وإن أنكر فالقول قوله مع يمينه، وإن أنكر الحاضر فالقول قوله مع يمينه، فإن قامت عليه بينة فاستوفى الألف منه لم يرجع على الغائب بشىء، لأنه بإنكاره معترف أنه لا حق له عليه وإنما المدعى ظلمه، وإن اعترف الغائب وعاد الحاضر عن إنكاره فله أن يستوفى منه، لأنه يدعى عليه حقّا يعترف له به، فكان له أخذه منه، وإن لم يقم على الحاضر بينة حلف وبرئ، فإذا قدم الغائب فأنكر أيضًا وحلف برئ، وإن اعترف لزمه دفع الألف، وقال بعض أصحاب الشافعى: لا يلزمه إلا خمس المائة الأصلية دون المضمونة، لأنها سقطت عن المضمون عنه بيمينه فتسقط عن ضامنه.

عن صاحبه فأبرأ الغريم أحدهما من الألف برئ منه وبرئ صاحبه من ضمانه وبقى عليه خمسمائة، وإن قضاه أحدهما خمسمائة أو أبرأه الغريم منها وعين القضاء بلفظه أو ببينة عن الأصل أو الضمان انصرف إليه، وإن أطلق احتمل أن له صرفها إلى ما شاء منهما كمن أخرج زكاة نصاب وله نصابان غائب وحاضر كان له صرفها إلى ما شاء منهما، واحتمل أن يكون نصفها عن الأصل ونصفها عن الضمان، لأن إطلاق القضاء والإبراء ينصرف إلى جملة ما فى ذمته فيكون بينهما، والمعتبر فى القضاء لفظ القاضى ونيته، وفى الإبراء لفظ المبرئ ونيته، ومتى اختلفوا فى ذلك القول قول من اعتبر لفظه ونيته.

فصل: ولو ادعى ألفًا على حاضر وغائب، وأن كل واحد منهما ضامن عن صاحبه فاعترف الحاضر بذلك فله أخذ الألف منه، فإن قدم الغائب فاعترف رجع عليه صاحبه بنصفه، وإن أنكر فالقول قوله مع يمينه، وإن كان الحاضر أنكر فالقول قوله مع يمينه، فإن قامت عليه بينة فاستوفى الألف منه لم يرجع على الغائب بشىء، لأنه بإنكاره معترف أنه لا حق له عليه وإنما المدعى ظلمه، وإن اعترف الغائب وعاد الحاضر عن إنكاره فله الاستيفاء منه، لأنه يدعى عليه حقًا يعترف له به فجاز له أخذه، وإن لم يقم على الحاضر بينة حلف وبرئ، فإذا قدم الغائب فإن أنكر وحلف برئ، فإن اعترف لزمه دفع الألف، وقال بعض أصحاب الشافعى: لا يلزمه إلا خمس المائة الأصلية دون المضمونة، لأنها سقطت عن المضمون عنه بيمينه فتسقط عن ضامنه.

ولنا: أنه يعترف بها وغريمه يدعيها، واليمين إنما أسقطت المطالبة عنه فى الظاهر، ولم تسقط عنه الحق الذى فى ذمته، ولهذا لو قامت عليه بينة بعد يمينه لزمه ولزم الضامن.

فصل: وإذا ادعى الضامن أنه قضى الدين فأنكر المضمون له، ولا بينة له فالقول قول المضمون له، لأنه ادعى تسليم المال إلى من لم يأمنه، فكان القول قول المنكر، وله مطالبة من شاء منهما، فإن رجع على المضمون عنه، فهل يرجع الضامن بما قضاه عنه؟ نظرنا، فإن لم يعترف له بالقضاء لم يرجع عليه، وإن اعترف له بالقضاء وكان قد قضى بغير بينة فى غيبة المضمون عنه لم يرجع بشىء، سواء صدقه المضمون عنه أو كذبه، لأنه أذن له فى القضاء مبرئ ولو يوجد، وإن قضاه ببينة ثبت بها الحق، لكن إن كانت ميتة أو غائبة فللضامن الرجوع على المضمون عنه، لأنه معترف إنه ما قصر ولا فرط، وإن قضاه ببينة مردودة بأمر ظاهر، كالكفر والفسق الظاهر، لم يرجع الضامن لتفريطه، لأن هذه البينة كعدمها، وإن ردت بأمر خفى، كالفسق الباطن، أو كانت الشهادة مختلفًا فيها، مثل أن أشهد عبدين، أو شاهدًا واحدًا فردت لذلك، أو كان ميتًا أو غائبًا احتمل أن يرجع، لأنه قضى ببينة شرعية، والجرح

ولنا: أنه مقر بها وغريمه يدعيها واليمين إنما أسقطت المطالبة عنه فى الظاهر ولم تسقط عنه الحق الذى فى ذمته، بدليل أنه لو قامت عليه بينة بعد يمينه لزمه ولزم الضامن.

١٧- مسألة: (وإن أنكر المضمون له القضاء وحلف لم يرجع الضامن على المضمون عنه سواء صدقه أو كذبه).

إذا ادعى الضامن، أنه قضى الدين فأنكر المضمون له ولا بينة له فالقول قول المضمون له لأنه ادعى تسليم المال إلى من لم يأمنه فكان القول قول المنكر، وله مطالبة الضامن والأصيل، فإن رجع على المضمون عنه فهل يرجع الضامن بما قضاه عنه؟ ينظر فإن لم يعترف له بالقضاء لم يرجع عليه، وإن اعترف له بالقضاء وكان قد قضى بغير بينة فى غيبة المضمون عنه لم يرجع بشىء سواء صدقه المضمون عنه أو كذبه، لأنه أذن فى قضاء مبرئ ولم يوجد، وإن قضاه ببينة ثبت بها الحق لكن إن كانت غائبة أو ميتة فللضامن الرجوع على المضمون عنه، لأنه معترف أنه ما قصر وما فرط، وإن قضاه ببينة مردودة بأمر ظاهر كالكفر والفسق الظاهر لم يرجع الضامن لتفريطه لأن هذه البينة كعدمها، وإن ردت بأمر خفى كالفسق الباطن أو كانت الشهادة مختلفًا فيها مثل أن أشهد عبدين أو شاهدًا واحدًا فردت لذلك، أو كان ميتًا أو غائبًا احتمل أن يرجع، لأنه قضى ببينة شرعية والجرح والتعديل ليس له، واحتمل أن لا يرجع، لأنه أشهد من لا يثبت الحق بشهادته، وإن قضى بغير بينة بحضرة المضمون عنه ففيه وجهان: **أحدهما:** يرجع وهو مذهب الشافعى، لأنه إذا كان حاضرًا كان الاحتياط إليه فإذا ترك التحفظ كان التفريط منه دون الضامن، **والثانى:** لا يرجع، لأنه قضى قضاء غير مبرئ فأشبه ما لو قضى فى غيبته.

والتعديل ليس إليه، واحتمل أن لا يرجع، لأنه أشهد من لا يثبت الحق بشهادته، وإن قضى بغير بينة بحضرة المضمون عنه ففيه وجهان: أحدهما: يرجع، وهو مذهب الشافعى، لأنه إذا كان حاضرًا كان الاحتياط إليه، فإذا ترك التحفظ، وهو حاضر، فهو المفرط دون الضامن، والثانى: لا يرجع لأنه قضى قضاء لا يبرئ، فأشبه ما لو قضى فى غيبته، فأما إن رجع المضمون له على الضامن فاستوفى منه مرة ثانية رجع على المضمون عنه بما قضاه ثانيًا، لأنه أبرأ به ذمته ظاهرًا، قال القاضى: ويحتمل أن له الرجوع بما قضاه أولاً دون الثانى، لأن البراءة حصلت به فى الباطن، ولأصحاب الشافعى كهذين الوجهين، ووجه ثالث: أنه لا يرجع بشىء بحال، لأن الأول ما أبرأه ظاهرًا، والثانى ما أبرأه باطنًا.

ولنا: أن الضامن أدى عن المضمون عنه بإذنه إذا أبرأه ظاهرًا وباطنًا فرجع به كما لو

فصل: فإن رجع المضمون له على الضامن فاستوفى منه مرة ثانية رجع على المضمون عنه بما قضاه ثانيًا، لأنه أبرأ به ذمته ظاهرًا، قال القاضى: ويحتمل أن له الرجوع بالقضاء الأول دون الثانى، لأن البراءة حصلت به فى الباطن، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين ووجه ثالث: أنه لا يرجع بشىء بحال، لأن الأول ما أبرأه ظاهرًا، والثانى ما أبرأه باطنًا.

ولنا: أن الضامن أدى عن المضمون عنه بإذنه إذا أبرأه ظاهرًا وباطنًا فرجع به كما لو قامت به بينة والوجه الأول أرجح، لأن القضاء المبرئ فى الباطن ما أوجب الرجوع فيجب أن يجب بالباقى المبرئ فى الظاهر.

18- **مسألة:** (وإن اعترف المضمون له بالقضاء وأنكر المضمون عنه لم يسمع إنكاره) .

لأن ما فى ذمته حق للمضمون له، فإذا اعترف بالقبض من الضامن فقد اعترف بأن الحق الذى له صار للضامن فيجب أن يقبل إقراره لكونه إقرارًا فى حق نفسه، وفيه وجه آخر أنه لا يقبل لأن الضامن مدع لما يستحق به الرجوع على المضمون عنه وقول المضمون له شهادة على فعل نفسه فلا تقبل، والأول أصح وشهادة الإنسان على فعل نفسه صحيحة كشهادة المرضعة بالرضاع، وقد ثبت ذلك بخبر عقبة بن الحارث.

19- **مسألة:** (وإن قضى المؤجل قبل أجله لم يرجع حتى يحل) .

لأنه لا يجب له أكثر مما كان للغريم ولأنه تبرع بالتعجيل، وإن أحاله كانت الحوالة بمنزلة تقبيضه ورجع بالأقل مما أحال به أو قدر الدين سواء قبض الغريم من المحال عليه أو أبرأه أو تعذر عليه الاستيفاء لفلس أو مطل لأن الحوالة كالإقباض.

20- **مسألة:** (وإن مات الضامن والمضمون عنه فهل يحل الدين؟ على روايتين وأيهما حل عليه لم يحل على الآخر) .

وجملة ذلك أنه إذا ضمن دينًا مؤجلاً فمات أحدهما، إما الضامن أو المضمون عنه فهل يحل الدين على الميت منهما؟ على روايتين يأتى ذكرهما، فإن قلنا: يحل على الميت لم

قامت بـه البينة، والوجـه الأول أرجح، لأن القضـاء المبرئ فـى الباطن ما أوجـب الرجوع، فيجب أن يجب بالباقى المـبرئ فى الظاهر، وإن اعترف المضمونُ له بالقـضاء وأنكر المضمون عنه، لم يلتـفت إلى إنكاره، لأن ما فى ذمـته حق للمضـمون له، فـإذا اعترف بالـقبض من الضامن فقد اعترف بأن الحق الذى له صار للـضامن، فيجب أن يقبل إقراره، لكونه إقرار فى حق نفسه، ويحتمل أن لا يقبل، لأن الضامن مدع لما يستحق به الرجوع على المضمون عنه، فقول المضمـون له شهادة على فعل نفسه فلا يقبل، والصـحيح الأول، وشهادة الإنسان على فعل نفسه صحيحة، كشهادة المرضعة بالرضاع، وقد ثبت ذلك بخبر عقبة بن الحارث[١٠].

يحل على الآخر، لأن الدين لا يحل على شخص بموت غيره، فإن كان الميت المضمون عنه لم يستحق مطالبة الضامن قبل الأجل فإن قضاه قبل الأجل كان متبرعًا بتعجيل القضاء وهل له مطالبة المـضمون عنه قـبل الأجل؟ يخرج على الروايتين فـيمن قضى الدين بغـير إذن من هو عليه، وإن كان الميت الضامن فاستوفى الغـريم من تركته لم يكن لورثته مطالبة المضمون عنه حتى يحل الحق، لأنه مـؤجل عليه فلا يسـتحق مطالبتـه قبل أجله، وهذا مذهب الشـافعى، وحكى زفر أن لهم مطالبته لأنه أدخله فى ذلك مع علمه أنه يحل بموته.

ولنا: أنه دين مؤجل فلا يجـوز مطالبته به قبل الأجل كمـا لو لم يمت، وقولهم: أدخله فيه، قلنا: إنما أدخله فى المؤجل وحلوله بسبب من جهته فهو كما لو قضى قبل الأجل.

21- مـسـألة: (ويصح ضمان الحال مؤجلاً وإن ضـمن المؤجل حالاً لم يلزمه قبل أجله فى أصح الوجهين).

إذا ضمن الدين الحال مؤجلاً صح ويكون حالاً على المـضمون عنه مؤجلاً على الضامن يملك مطالبة المـضمون عنه دون الضامن، وبه قال الشـافعى، قال أحمـد فى رجل ضمن ما على فلان أنه يـؤديه فى ثلاث سنين فهو عـليه ويؤديه كمـا ضمن، ووجـه ذلك ما روى ابن عباس أن رجلاً لزم غـريمًا له بعشرة دنانير على عهد رسـول الله ﷺ فقال: ما عندى شىء أعطيكه فقال: والله لا أفـارقك حتى تعطينى أو تأتينى بحميل فجـره إلى النبى ﷺ فقال له النبى ﷺ: «كم تستنظره؟» فقال: شهرًا، فقال رسول الله ﷺ: «فأنا أحمل» فجاءه به فى الوقت الذى قال النبى ﷺ فـقال له النبى ﷺ: «من أين أصبت هذا؟» قـال: من معدن، قال: «لا خير فيها» وقضاها عنه رواه ابن ماجه[6]، ولأنه ضمن مالاً بعقد مؤجل فكان مؤجلاً كالبيع، **فإن قيل**: فعندكم الدين الحال لا يتأجل فكيف تأجل على الضامن؟ أم كيف يثبت فى ذمة الضامن على غير الوصف الذى يتصف به فى ذمة المضمون عنه؟ **قلنا**: الحق يتأجل فى

---

(١٠) أخرجه البـخارى (٩/ ح ٥١٠٤/ فتح) والترمـذى (٣/ ح ١١٥١) والدارمى (٢/ ح ٢٢٥٥) وأحمد فى «مسنده» (٤/ ٧، ٣٨٤).

(6) أخرجه ابن ماجه (٢/ ح ٢٤٠٦) وأبو داود (٣/ ح ٣٣٢٨) وإسناده صحيح.

فصل: ولا يدخل الضمان والكفالة خيار ، لأن الخيار جعل ليعرف ما فيه الحظ، والضمين والكفيل على بصيرة أنه لاحظ لهما، ولأنه عقد لا يفتقر إلى القبول فلم يدخله خيار كالنذر، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى، ولا نعلم عن أحد خلافهم، فإن شرط الخيار فيهما فقال القاضى: عندى أن الكفالة تبطل وهو مذهب الشافعى لأنه شرط على ما ينافى مقتضاها ففسدت، كما لو شرط أن لا يؤدى ما على المكفول به، وذلك لأن مقتضى الضمان والكفالة لزوم ما ضمنه أو كفل به، والخيار ينافى ذلك، ويحتمل أن يبطل الشرط وتصح الكفالة، كما قلنا فى الشروط الفاسدة فى البيع؛ ولو أقر بأنه كفل بشرط الخيار لزمته الكفالة وبطل الشرط، لأنه وصل بإقراره ما يبطله، فأشبه استثناء الكل.

ابتداء ثبوته بعقد وهذا ابتداء ثبوته فى حق الضامن فإنه لم يكن ثابتًا عليه حالاً، ويجوز أن يخالف ما فى ذمة الضامن الذى فى ذمة المضمون عنه بدليل ما لو مات المضمون عنه والدين مؤجل، إذا ثبت هذا فكان الدين حالاً فضمنه إلى شهرين لم يكن له مطالبة الضامن إلى شهر، فإن قضاه قبل الأجل فله الرجوع به فى الحال على الرواية التى تقول إنه إذا قضى دينه بغير إذنه رجع به، لأن ما فيه ههنا أنه قضى بغير إذن، وعلى الرواية الأخرى: لا يرجع به قبل الأجل، لأنه لم يأذن له فى القضاء قبل ذلك.

فصل: فإن كان الدين مؤجلاً فضمنه حالاً لم يصر حالاً ولم يلزمه أداؤه قبل أجله ، لأن الضامن فرع للمضمون عنه فلا يلزمه ما لا يلزمه، ولأن المضمون عنه لو ألزم نفسه تعجيل هذا الدين لم يلزمه تعجيله فبأن لا يلزم الضامن أولى، ولأن الضمان التزام دين فى الذمة فلا يجوز أن يلتزم ما يلزم المضمون عنه، فعلى هذا إن قضاه حالاً لم يرجع به قبل أجله لأن ضمانه لم يغيره عن تأجيله، والفرق بين هذه المسألة والتى قبلها أن الدين الحال ثابت فى الذمة مستحق القضاء فى جميع الزمان فإذا ضمنه مؤجلاً فقد التزم بعض ما يجب على المضمون عنه فصح كما لو كان الدين عشرة فضمن خمسة، وأما الدين المؤجل فلا يستحق قضاؤه إلاً عند أجله فإذا ضمنه حالاً التزم ما لم يجب على المضمون عنه أشبه ما لو كان الدين عشرة فضمن عشرين، وفيه وجه آخر أنه يصح ضمان المؤجل حالاً كما يصح ضمان الحال مؤجلاً قياسًا عليه، وقد ذكرنا الفرق بينهما بما يمنع القياس إن شاء الله تعالى.

فصل: ولا يدخل الضمان والكفالة خيار، لأن الخيار جعل ليعرف ما فيه الحظ ، والضمين والكفيل دخلا على أنه لا حظ لهما، ولأنه عقد لا يفتقر إلى القبول فلم يدخله خيار كالنذر، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ولا نعلم فيه خلافًا، فإن شرط الخيار فيها فقال القاضى: عندى أن الكفالة تبطل، وهو مذهب الشافعى، لأنه شرط ينافى مقتضاها ففسدت كما لو شرط أن لا يؤدى عن الكفول به، وذلك لأن مقتضى الضمان والكفالة لزوم ما ضمنه أو كفل به والخيار ينافى ذلك ويحتمل أن يبطل الشرط وحده كما قلنا فى الشروط الفاسدة فى

فصل: وإذا ضمن رجلان عن رجل ألفًا ضمان اشتراط[١١] فقالا: ضمنا لك الألف الذى على زيد، فكل واحد منهما ضامن لنصفه، وإن كانوا ثلاثة فكل واحد منهم ضامن ثلثه، فإن قال واحد منهم: أنا وهذا ضامنون لك الألف، فسكت الآخران فعليه ثلث الألف، ولا شىء عليهما، وإن قال كل واحد منهم: كل واحد منا ضامن لك الألف، فهذا ضمان اشتراك وانفراد، وله مطالبة كل واحد منهم بالألف كله إن شاء، وإن أدى أحدهم الألف كله أو حصته منه لم يرجع إلا على المضمون عنه، لأن كل واحد منهم ضامن أصلى وليس بضامن عن الضامن الآخر.

مسألة: قال: (ومن كفل بنفس لزمه ما عليها إن لم يسلمها).

وجملة ذلك: أن الكفالة بالنفس صحيحة فى قول أكثر أهل العلم، هذا مذهب شريح ومالك والثورى والليث وأبى حنيفة: وقال الشافعى فى بعض أقواله: الكفالة بالبدن ضعيفة، واختلف أصحابه، فمنهم من قال: هى صحيحة قولاً واحدًا، وإنما أراد أنها ضعيفة فى القياس، وإن كانت ثابتة بالإجماع والأثر، ومنهم من قال فيها قولان: أحدهما: أنها غير صحيحة، لأنها كفالة بعين تصح كالكفالة بالوجه وبدن الشاهدين.

البيع، ولو أقر أنه كفل بشرط الخيار لزمته الكفالة وبطل الشرط، لأنه وصل بإقراره ما يبطله فأشبه استثناء الكل.

فصل: وإذا ضمن رجلان عن رجل ألفًا ضمان اشتراك فقالا: ضمنا لك الألف الذى على زيد فكل واحد منهما ضامن لنصفه، وإن كانوا ثلاثة فكل واحد ضامن ثلثه، فإن قال واحد منهم: أنا وهذان ضامنون لك الألف فسكت الآخران فعليه ثلث الألف ولا شىء عليهما وإن قال كل واحد منهم كل واحد منا ضامن لك الألف فهذا ضمان اشتراك وانفراد وله مطالبة كل واحد منهم بالألف إن شاء، وإن أدى أحدهم الألف كله أو حصته منه لم يرجع إلا على المضمون عنهُ، لأن كل واحد منهم ضامن أصلى وليس بضامن عن الضامن الآخر.

فصل: قال الشيخ ﷺ: (الكفالة التزام إحضار المكفول به).

وجملة ذلك أن الكفالة بالنفس صحيحة فى قول أكثر أهل العلم منهم شريح ومالك والثورى والليث وأبو حنيفة، وقال الشافعى فى بعض أقواله: الكفالة بالبدن ضعيفة، واختلف أصحابه فمنهم: من قال: هى صحيحة قولاً واحدًا وإنما أراد أنها ضعيفة فى القياس وإن كانت ثابتة بالإجماع والأثر، ومنهم من قال فيها قولان: أحدهما: أنها غير صحيحة لأنها كفالة بعين فلم تصح كالكفالة بالوجه وبدن الشاهدين.

ولنا قوله تعالى: ﴿قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّىٰ تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِى بِهِ إِلاَّ أَن يُحَاطَ بِكُمْ﴾ (يوسف: ٦٦) ولأن ما وجب تسليمه بعقد وجب تسليمه بعقد الكفالة كالمال.

---

(١١) فى المطبوعة: اشتراك.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّىٰ تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَن يُحَاطَ بِكُمْ﴾ (يوسف: ٦٦) ولأن ما وجب تسليمه بعقد وجب تسليمه بعقد الكفالة كالمال، إذا ثبت هذا فإنه متى تعذر على الكفيل إحضار المكفول به مع حياته أو امتنع من إحضاره لزمه ما عليه، وقال أكثرهم: لا يغرم.

ولنا: عموم قوله ﷺ: «الزعيم غارم» ولأنها أحد نوعى الكفالة فوجب بها الغرم كالكفالة بالمال.

فصل: وإذا قال: أنا كفيل بفلان، أو بنفسه، أو ببدنه، أو بوجهه كان كفيلاً به، وإن كفل برأسه أو كبده، أو جزء لا تبقى الحياة بدونه، أو بجزء شائع منه كثلثه أو ربعه، صحت الكفالة، لأنه لا يمكنه إحضار ذلك إلا بإحضاره كله، وإن تكفل بعضو تبقى الحياة بعد زواله كيده ورجله ففيه وجهان: **أحدهما:** تصح الكفالة، وهو قول أبى الخطاب وأحد الوجهين لأصحاب الشافعى، لأنه لا يمكنه إحضار هذه الأعضاء على صفتها إلا بإحضار البدن كله فأشبه الكفالة بوجهه ورأسه، ولأنه حكم يتعلق بالجملة فيثبت حكمه إذا أضيف إلى البعض كالطلاق والعتاق، **والثانى:** لا يصح، لأنه يمكن إحضاره بدون الجملة مع بقائها، وقال القاضى: لا تصح الكفالة ببعض البدن، ولا تصح إلا فى جميعه، لأن ما لا يسرى لا يصح إذا خص به عضو كالبيع والإجارة.

فصل: وتصح الكفالة ببدن كل ما يلزم حضوره فى مجلس الحكم بدين لازم سواء كان الدين معلومًا أو مجهولاً، وقال بعض أصحاب الشافعية [١٢] لا تصح بمن عليه دين مجهول، لأنه قد يتعذر إحضار المكفول به، فيلزمه الدين ولا يمكن طلبه منه لجهله.

22- مسألة: (وتصح ببدن من عليه دين وبالأعيان المضمونة).

تصح الكفالة ببدن كل من يلزمه الحضور فى مجلس الحكم بدين لازم سواء كان معلومًا أو كان مجهولاً، وقال بعض الشافعية: لا يصح ممن عليه دين مجهول، لأن قد يتعذر إحضار المكفول فيلزمه الدين ولا يمكنه طلبه منه لجهله.

ولنا: أن الكفالة بالبدن لا بالدين والبدن معلوم فلا تبطل الكفالة لاحتمال عارض ولأنا قد بينا أن الضمان المجهول يصح وهو التزام المال ابتداء فالكفالة التى لا تتعلق بالمال ابتداء أولى، وتصح الكفالة بالصبى والمجنون، لأنه قد يجب إحضارهما مجلس الحاكم للشهادة عليهما بالإتلاف وإذن وليهما يقوم مقام إذنهما ويصح ببدن المحبوس والغائب، وقال أبو حنيفة: لا يصح.

ولنا: أن كل وثيقة صحت مع الحضور صحت مع الغيبة والحبس كالرهن والضمان، ولأن الحبس لا يمنع من التسليم لكون المحبوس يمكن تسليمه بأمر الحاكم وأمر من حبسه

---

(١٢) فى المطبوعة: الشافعية.

ولنا: أن الكفالة بالبدن لا بالدين، والبدن معلوم، فلا تبطل الكفالة لاحتمال عارض ولأنا قد تبينا أن ضمــان المجهول يصح وهو التزام المال ابتداء فالكفــالة التى لا تتعلق بالمال ابتداء أولى، وتصح الكفالة بالصبى والمجنون، لأنهما قـد يجب إحضارهما مجلس الحكم للشهادة عليهمـا بالإتلاف، وإذن وليهما يقوم مقـام إذنهما، وتصح الكفالة ببدن المحـبوس والغائب، وقال أبو حنيفة: لا تصح.

ولنا: أن كل وثيقة صحت مع الـحضور صحت مع الغيبة، والحـبس كالرهن والضمان، ولأن الحبس لا يمنع من التسليم لكون المحبوس يمكن تسليـمه بأمر الحاكم أو أمر من حبسه ثم يعيـده إلى الحبس بالحقين جـميعًـا، والغائب يمضى إليه فـيحضره إن كـانت الغيبة غـير منقطعة، وهو أن يعلم خبره، فإن لم يعلم خبره لزمــه ما عليه، قال القاضى، وقال فى موضع آخر: لا يلزمه ما عليه حتى تمضى مدة يمكنه الرد فيها فلا يفعل.

فصل: ولا تصح الكفالة ببدن من عليه حد، سواء كان حقًا لله تعالى، كحد الزنا والسرقة، أو لآدمى كحد القذف والقصاص، وهذا قول أكثر أهل العلم، منهم شريح والحسن، وبه قال إسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأصحـاب الرأى، وبه قال الشافعى فى حدود الله تعالى، واختلف قوله فى حـدود الآدمى، فقـال فى موضع: لا كفـالة فى حدود الآدمى ولا لعـان، وقال فى

ثم يعيده إلى الحبس بالحقَّين جميعًا، والغائب يمضى إليه فيحضره إن كانت الغيبة غير منقطعة وهو أن يعلم خبـره، وإن لم يعلم خبره لزمه عليــه، قاله القاضى، وقال فى مـوضع آخر: لا يلزمه عليه حتى تمضى مدة تمكنه الرد فيها ولا يفـعل، وتصح بالأعيان المضمونة كالغصوب والعوارى، لأنه يصح ضمانها وقد ذكرنا صحة ضمانها.

23- مـسـألة: (ولا يصح ببدن من عليه حـد ولا قصاص سواء كان حقًا لله تـعالى كحد الزنا والسرقة أو لآدمى كحد القذف والقصاص).

وهو قول العـلماء منهم شريـح والحسن وإسحـاق وأبو عبـيد وأبو ثور وأصـحاب الرأى والشافعى فى حدود الله تعالى، واختلف قوله فى حدود الآدمى فقال فى موضع: لا كفالة فى حد ولا لعان، وقال فى موضع: تجوز الكفالة بمن عليه حقٌّ أو حدٌّ، لأنه حق لآدمى فصحت الكفالة به كسائر حقوق الآدميين.

ولنا: ما روى عمرو بن شعيب عن أبيــه عن جده عن النبى ﷺ أنه قال: «لا كفالة فى حـد»[7] ولأنه حد فلم تصح الكفالة فيه كحدود الله تعـالى، ولأن الكفالة استيثاق والحدود

---

(7) أخرجـه البيهـقى فى السنن (٦/ ٧٧) قال: أبو أحمـد عمر بن أبى عـمر الدمشقـى منكر الحديث عن الثقـات، وقال: تفـرد به عــمر بن أبى عـمـر الكـلاعى وهو من مشـايخ بقيـة المجهـولين، ورواياته منكرة. اهـ. وأخرجه ابن عدى فى الكامل (٥/ ٢٢) وأعله به وقال: إنه مجهول لا أعلم روى عنه غير بقية كما يروى عن سائر المجهولين وأحاديثه منكرة غير محفوظة. اهـ.

موضع: تجوز الكفالة بمن عليه حق أو حد لأنه حق لآدمى، فصحت الكفالة به كسائر حقوق الآدميين.

ولنا: ما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى ﷺ أنه قال: «لا كفالة فى حد»(١٣) ولأنه حد، فلم تصح الكفالة فيه كحدود الله تعالى، ولأن الكفالة استيثاق، والحدود مبناها على الإسقاط والدرء بالشبهات فلا يدخل فيها الاستيثاق، ولأنه حق لا يجوز استيفاؤه من الكفيل إذا تعذر عليه إحضار المكفول به، فلم تصح الكفالة بمن هو عليه كحد الزنا.

فصل: ولا تجوز الكفالة بالمكاتب من أجل دين الكتابة، لأن الحضور لا يلزمه، فلا تجوز الكفالة به كدين الكتابة.

فصل: وتصح الكفالة حالة ومؤجلة، كما يصح الضمان حالاً ومؤجلاً، وإذا أطلق كانت حالة، لأن كل عقد يدخله الحلول اقتضى إطلاقه الحلول كالثمن والضمان، فإذا تكفل حالاً كان له مطالبته بإحضاره فإن أحضره وهناك يد حائلة ظالمة لم يبرأ منه، ولم يلزم المكفول له

مبناها على الإسقاط والدرء بالشبهات فلا يدخل فيها الاستيثاق، ولأنه حق لا يجوز استيفاؤه من الكفيل إذا تعذر عليه إحضار المكفول به فلا تصح الكفالة بمن هو عليه كحد الزنا.

فصل: ولا تجوز الكفالة بالمكاتب من أجل دين الكتابة، لأن الحضور لا يلزمه فلا تجوز الكفالة به كدين الكتابة.

24- مسألة: (ولا يصح بغير معين كأحد هذين) لأنه غير معلوم فى الحال ولا فى المآل فلا يمكن تسليمه.

25- مسألة: (وإن كفل بجزء شائع من إنسان أو عضو أو كفل بإنسان على أنه إن جاء به وإلا فهو كفيل بآخر أو ضامن ما عليه صح فى أحد الوجهين).

أما إذا قال: أنا كفيل بفلان أو بنفسه أو ببدنه أو بوجهه كان كفيلاً به، فإن كفل برأسه أو كبده أو جزء لا تبقى الحياة بدونه أو بجزء شائع منه كثلثة أو ربعه صحت الكفالة، لأنه لا يمكنه إحضار ذلك إلا بإحضاره كله، وقال القاضى: تصح الكفالة ببعض البدن لأن ما لا يسرى إذا حضر به عضو لم يصح كالبيع والإجارة، وإن تكفل بعضو تبقى الحياة بعد زواله كاليد والرجل ففيه وجهان: **أحدهما:** تصح الكفالة اختاره أبو الخطاب، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى، لأنه لا يمكنه إحضار هذه الأعضاء على صفتها إلا بإحضار البدن كله

(١٣) أخرجه البيهقى فى السنن (٦/ ٧٧) قال أبو أحمد عمر بن أبى عمر الدمشقى منكر الحديث عند الثقات. وقال: تفرد به عمر بن أبى عمر الكلاعى وهو من مشايخ بقية المجهولين ورواياته منكرة. اهـ. وأخرجه ابن عدى فى الكامل (٥/ ٢٢) وأعله به، وقال: إنه مجهول لا أعلم روى عنه غير بقية، كما يروى عن سائر المجهولين وأحاديثه منكرة وغير محفوظة. اهـ.

تسلمه، لأنه لا يحصل له غرضه: وإن لم تكن يد حائلة لزمه قبوله، فإن قبله برئ من الكفالة، وقال ابن أبى موسى: لا يبرأ حتى يقول: قد برئت إليك منه، أو قد سلمته إليك، أو قد أخرجت نفسى من كفالته، والصحيح الأول لأنه عقد على عمل فبرئ منه بالعمل المعقود عليه كالإجارة، فإن امتنع من تسلمه برئ لأنه أحضر ما يجب تسليمه عند غريمه وطلب منه تسلمه على وجه لا ضرر فى قبضه فبرئ منه كالمسلم فيه، وقال بعض أصحابنا: إذا امتنع من تسلمه أشهد على امتناعه رجلين وبرئ، لأنه فعل ما وقع العقد على فعله فبرئ منه، وقال القاضى: يرفعه إلى الحاكم فيسلمه إليه، فإن لم يجد حاكمًا أشهد شاهدين على إحضاره وامتناع المكفول له من قبوله، والأول أصح، فإن مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه إلى نائبه كحاكم أو غيره.

وإن كانت الكفالة مؤجلة لم يلزم إحضاره قبل الأجل كالدين المؤجل فإذا حل الأجل فأحضره وسلمه برئ، وأن كان غائبًا أو مرتدًا لحق بدار الحرب لم يؤخذ بالحق حتى يمضى

أشبه الكفالة بوجهه ورأسه، ولأنه حكم يتعلق بالجملة فيثبت حكمه إذا أضيف إلى البعض كالطلاق والعتاق والثانى: لا يصح لأن تسليمه بدون تسليم الجملة ممكن مع بقائها.

فصل: إذا تكفل بإنسان على أنه إن جاء به وإلاَّ فهو كفيل بآخر أو ضامن ما عليه، لم يصح عند القاضى فيهما، لأن الأول مؤقت والثانى معلق على شرط، وقال أبو الخطاب: يصح فيهما لأنه ضمان أو كفالة فيصح تعليقه على شرط كضمان العهدة، فإن قال: إن جئت به فى وقت كذا وإلاَّ فأنا كفيل ببدن فلان، أو فأنا ضامن لك المال الذى على فلان، أو قال: إذا جاء زيد فأنا ضامن لك ما عليه، أو إذا قدم الحاج فأنا كفيل بفلان، أو قال: أنا كفيل بفلان شهرًا فقال القاضى: لا تصح الكفالة، وهو مذهب الشافعى ومحمد بن الحسن، لأن ذلك خطر فلم يجز تعليق الضمان والكفالة به كمجيء المطر، ولأنه إثبات حق لآدمى معين فلم يجز تعليقه على شرط ولا توقيته كالهبة، وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب: يصح، وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف، لأنه أضاف الضمان إلى سبب الوجوب فيجب أن يصح كضمان الدرك والأول أقيس.

فصل: وإن قال: كفلت ببدن فلان على أن يبرأ فلان الكفيل أو على أن تبرئه من الكفالة لم يصح، لأنه شرط شرطًا لا يلزم الوفاء به فيكون فاسدًا وتفسد به الكفالة، ويحتمل أن يصح لأنه شرط تحويل الوثيقة التى على الكفيل إليه، فعلى هذا لا تلزمه الكفالة إلا أن يبرئ المكفول له الكفيل الأول، لأنه إنما كفل بهذا الشرط فلا تثبت كفالته بدون شرطه، وإن قال: كفلت لك بهذا الغريم على أن تبرئنى من الكفالة بفلان أو ضمنت لك هذا الدين بشرط أن تبرئنى من ضمان الدين الآخر أو على أن تبرئنى من الكفالة بفلان خرج فيه الوجهان، أصحهما البطلان لأنه شرط فسخ عقد فى عقد فلم يصح كالبيع بشرط فسخ بيع آخر، وكذلك

زمن يمكن المضى إليه وإعادته، وقال ابن شبرمة: يحبس فى الحال، لأن الحق قد توجه عليه.

ولنا: أن الحق يعتبر فى وجوب أدائه إمكان التسليم، وإن كان حالاً كالدين فإذا مضت مدة يمكن إحضاره فيها ولم يحضره، أو كانت الغيبة منقطعة لا يعلم خبره، أو امتنع من إحضاره مع إمكانه أخذ بما عليه، وقال أصحاب الشافعى: إن كانت الغيبة منقطعة لا يعلم مكانه لم يطالب الكفيل بإحضاره ولم يلزمه شىء، وإن امتنع من إحضاره مع إمكانه حبس، وقد دللنا على وجوب الغُرْم فيما مضى، وإن أحضر المكفول به قبل الأجل ولا ضرر فى تسليمه لزمه، وإن كان فيه ضرر، مثل أن تكون حجة الغريم غائبة، أو لم يكن يوم مجلس الحاكم أو الدين مؤجل عليه لا يمكن اقتضاؤه منه، أو قد وعده بالإنظار فى تلك المدة، لم يلزمه قبوله، كما نقول فيمن دفع الدين المؤجل قبل حلوله.

فصل: وإذا عين فى الكفالة تسليمه فى مكان فأحضره فى غيره لم يبرأ من الكفالة، وبه قال أبو يوسف ومحمد، وقال القاضى: إن أحضره بمكان آخر من البلد وسلمه برئ من الكفالة، وقال بعض أصحابنا، متى أحضره فى أى مكان كان وفى ذلك الموضع سلطان برئ من الكفالة لكونه لا يمكنه الامتناع من مجلس الحاكم، ويمكن إثبات الحجة فيه، وقيل: إن كان عليه ضرر فى إحضاره بمكان آخر لم يبرأ الكفيل بإحضاره فيه وإلا برئ، كقولنا فيما إذا أحضره قبل الأجل، ولأصحاب الشافعى اختلاف على نحو ما ذكرنا.

لو شرط فى الكفالة أو الضمان أن يتكفل المكفول به بآخر أو يضمن دينًا عليه أو يبيعه شيئًا عينه أو يؤجره داره صح لما ذكرنا.

26- مسألة: (إلاَّ برضا الكفيل وفى رضا المكفول به وجهان).

يعتبر رضى الكفيل فى صحة الكفالة، لأنه لا يلزمه الحق ابتداء إلاَّ برضاه، ولا يعتبر رضا المكفول له، لأنها وثيقة له لا قبض فيها، فصحت من غير رضاه كالشهادة، ولأنها التزام حق له من غير عوض فلم يعتبر رضاه فيها كالنذر، فأما رضا المكفول به ففيه وجهان: أحدهما: لا يعتبر كالضمان والثانى: يعتبر وهو مذهب الشافعى، لأن مقصودها إحضاره فإذا تكفل بغير إذنه لم يلزمه الحضور معه، ولأنه يجعل لنفسه حقًا عليه وهو الحضور معه من غير رضاه فلم يجز كما لو ألزمه الدين وفارق الضمان، فإن الضامن يقضى الحق ولا يحتاج إلى المضمون عنه.

27- مسألة: (ومتى أحضره وسلمه برئ إلاَّ أن يحضره قبل الأجل وفى قبضه ضرر).

وجملة ذلك أن الكفالة تصح حاله ومؤجلة كالضمان، فإن أطلق انصرف إلى الحلول، لأن كل عقد يدخله الحلول إذا أطلق اقتضى الحلول كالثمن والضمان، فإذا تكفل حالاً كان له مطالبته بإحضاره، فإن أحضره وهناك يد حائلة ظالمة لم يبرأ منه ولم يلزم المكفول له تسلمه،

ولنا: أنه سلم ما شرط تسليمه فى مكان فى غيره فلم يبرأ، كما لو أحضر المسلم فيه فى غير هذا الموضع الذى شرطه، ولأنه قد سلم فى موضع لا يقدر على إثبات الحجة فيه لغيبة شهوده أو غير ذلك، وقد يهرب منه ولا يقدر على أمساكه، ويفارق ما إذا أحضره قبل الأجل فإنه عجل الحق قبل أجله فزاده خيرًا، فإذا لم يكن فيه ضرر وجب قبوله، وإن وقعت الكفالة مطلقة وجب تسليمه فى مكان العقد كالسلم، فإن سلمه فى غيره فهو كتسليمه فى غير المكان الذى عينه، وإن كان المكفول به محبوسًا عند غير الحاكم لم يلزمه تسليمه محبوسًا، لأن ذلك الحبس يمنعه استيفاء حقه، وإن كان محبوسًا عند الحاكم فسلمه إليه محبوسًا لزمه تسليمه، لأن حبس الحاكم لا يمنعه استيفاء حقه، وإذ طالب الحاكم بإحضاره أحضره مجلسه وحكم بينهما ثم يرده إلى الحبس، وإن توجه عليه حق للمكفول له حبسه بالحق الأول أو حق المكفول له.

فصل: وإن كفل إلى أجل مجهول لم تصح الكفالة، وبهذا قال الشافعى لأنه ليس له وقت يستحق مطالبته فيه، وهكذا الضمان، وإن جعله إلى الحصاد والجذاذ والعطاء خرج على الوجهين كالأجل فى البيع، والأولى صحهتا هنا، لأنه تبرع من غير عوض جعل له أجلاً لا يمنع من حصول المقصود منه فصح كالنذر، وهكذا كل مجهول لا يمنع مقصود الكفالة، وقد روى مهنا عن أحمد فى رجل كفل رجلاً آخر فقال: إن جئت به فى وقت كذا وإلا فما عليه علىَّ؟ فقال: لا أدرى، ولكن إن قال: ساعة كذا لزمه، فنص على تعيين الساعة وتوقف عن تعيين الوقت، ولعله أراد وقتًا متسعًا أو وقت شىء يحدث مثل وقت الحصاد ونحوه، فأما إن

لأنه لا يحصل له غرضه، وإن لم تكن يد حائلة لزمه قبوله، فإن قبله برئ من الكفالة، وقال ابن أبى موسى: لا يبرأ حتى يقول: قد برئت إليك منه، أو قد سلمته إليك، أو قد أخرجت نفسى من كفالته، والصحيح الأول، لأنه عقد على عمل فبرئ منه بالعمل المعقود عليه كالإجارة، فإن امتنع من تسلمه برئ، لأنه أحضره ما يجب تسليمه عند غريمه وطلب منه تسلمه على وجه لا ضرر فى قبضه فبرئ منه كالمسلم فيه، وقال بعض أصحابنا: إذا امتنع من تسلمه أشهد على امتناعه رجلين وبرئ، لأنه فعل ما وقع العقد على فعله فبرئ منه، وقال القاضى: يرفعه إلى الحاكم فيسلمه إليه، فإن لم يجد حاكمًا أشهد شاهدين على إحضاره، وامتناع المكفول له من قبوله والأول أصح، فإن مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه إلى نائبه كحاكم أو غيره، وإن كانت الكفالة مؤجلة لم يلزم إحضاره قبل الأجل كالدين المؤجل، فإذا حل الأجل فأحضره وسلمه برئ، فإن أحضر قبل الأجل ولا ضرر فى تسلمه لزمه، وإن كان فيه ضرر مثل أن تكون حجة الغريم غائبة، أو لم يكن يوم مجلس الحاكم والدين مؤجل عليه لا يمكن اقتضاؤه منه، أو قد وعده بالإنظار فى تلك المدة لم يلزمه قبوله كمن سلم المسلم فيه قبل محله أو فى غير مكانه.

قال: وقت طلوع الشمس ونحو ذلك صح، وإن قال: إلى الغد أو شهر كذا تعلق بأوله على ما ذكرنا فى السلم.

فصل: وإذا تكفل برجل إلى أجل إن جاء به فيه وإلا لزمه ما عليه صح، وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف: وقال محمد بن الحسن والشافعى لا تصح الكفالة ولا يلزمه ما عليه، لأن هذا تعليق الضمان بخطر فلم يصح كما لو علقه بقدوم زيد.

ولنا: أن هذا موجب الكفالة ومقتضاها فصح اشتراطه كما لو قال: إن جئت به فى وقت كذا وإلا فلك حبسى، ومبنى الخلاف ههنا على الخلاف فى أن هذا مقتضى الكفالة وقد دللنا عليه، وأما إن قال إن جئت به وقت كذا وإلا فأنا كفيل ببدن فلان، أو فأنا ضامن لك ما لك على فلان أوقال: إذ جاء زيد فأنا ضامن لك ما عليه، أو إذا قدم الحاج فأنا كفيل بفلان، أو قال: أما كفيل بفلان شهرًا، فقال القاضى: لا تصح الكفالة، وهو مذهب الشافعى ومحمد بن الحسن، لأن ذلك خطر، فلم يجز تعليق الضمان والكفالة به، كمجىء المطر وهبوب الريح، ولأنه إثبات حق لآدمى معين، فلم يجز تعليقه على شرط ولا توقيته كالهبة، وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب: تصح، وهو قول أبو حنيفة وأبى يوسف، لأنه أضاف الضمان إلى سبب الوجود فيجب أن يصح كضمان الدرك، والأول أقيس، فإن قال كفلت بفلان إن جئت به فى وقت كذا وإلا فأنا كفيل بفلان، أو ضامن المال الذى على فلان، لم يصح فيهما عند القاضى

فصل: وإذا عين فى الكفالة تسليمه فى مكان فأحضره فى غيره لم يبرأ من الكفالة، وبه قال أبو يوسف ومحمد، وقال القاضى: إن أحضره بمكان آخر من البلد وسلمه برئ من الكفالة وقال بعض أصحابنا: متى أحضره فى أى مكان كان وفى ذلك الموضع سلطان برئ من الكفالة، لكونه لا يمكنه الامتناع من مجلس الحاكم، ويمكن إثبات الحجة فيه، وقيل: إن كان عليه ضرر فى إحضاره بمكان آخر لم يبرأ الكفيل إذا أحضره فيه، وإلاً برئ كقولنا فيما إذا أحضره، قبل الأجل ولأصحاب الشافعى اختلاف على نحو ما ذكرنا.

ولنا: أنه سلم ما شرط تسليمه فى مكان فى غيره فلم يبرأ كما لو أحضر المسلم فيه فى غير الموضع الذى شرطه، ولأنه قد يسلم فى موضع لا يقدر على إثبات الحجة فيه لغيبة شهوده أو غير ذلك وقد يهرب منه ولا يقدر على إمساكه، ويفارق ما إذا سلمه قبل الأجل فإنه عجل الحق قبل أجله فزاده خيرًا، فمتى لم يكن ضرر وجب قبوله، فإن وقعت الكفالة مطلقة وجب تسليمه فى مكان العقد كالسلم، فإن سلمه فى غيره فهو كتسليمه فى غير المكان الذى عينه، وإن كان المكفول به محبوسًا، لأن ذلك الحبس يمنعه استيفاء حقه، وإن كان محبوسًا عند الحاكم فسلمه إليه محبوسًا لزمه تسليمه، لأن حبس الحاكم لا يمنعه استيفاء حقه، وإذا طالب الحاكم بإحضاره أحضره وحكم بينهما ثم يرده إلى الحبس، فإن توجه عليه حق للمكفول له حبسه بالحق الأول وحق المكفول له.

لأن الأول مؤقت والثاني معلق على شرط، وقال أبو الخطاب: يصح فيهما فإما إن قال: كفلت بأحد هذين الرجلين لم يصح فى قولهم جميعًا، لأنه غير معلوم فى الحال ولا فى المآل.

فصل: فإن قال: كفلت ببدن فلان على أن يبرأ فلان الكفيل، أو على أن تبرئه من الكفالة لم يصح، لأنه شرط شرطًا لا يلزم الوفاء به، فيكون فاسدًا وتفسد الكفالة به، ويحتمل أن تصح الكفالة، لأنه شرط تحويل الوثيقة التي على الكفيل إليه، فعلى هذا لا تلزمه الكفالة إلا أن يبرئ المكفول له الكفيل الأول، لأنه إنما كفل بهذا الشرط فلا تثبت كفالته بدون شرطه، وإن قال: كفلت لك بهذا الغريم على أن تبرئنى من الكفالة بفلان، أو ضمنت لك هذا الدين بشرط أن تبرئنى من ضمان الدين الآخر، أو على أن تبرئنى من الكفالة بفلان خرج فيه الوجهان والأولى أنه لا يصح، لأنه شرط فسخ عقد فى عقد فلم يصح كالبيع بشرط فسخ بيع آخر، وكذلك لو شرط فى الكفالة أو الضمان أن يتكفل المكفول له أو المكفول به بآخر أو يضمن دينًا عليه أو يبيعه شيئًا عينه، أو يؤجره داره لم يكن يصح لما ذكرنا.

فصل: ولو تكفل اثنان بواحد صح، وأيهم قضى الدين برئ الآخران، لما ذكرنا فى الضمان، وإن سلم المكفول به نفسه برئ كفيلاه، لأنه أتى بما يلزم الكفيلين، لأجله وهو إحضار نفسه فبرئت ذمتهما كما لو قضى الدين، وإن أحضر أحد الكفيلين لم يبرأ الآخر، لأن إحدى الوثيقتين انحلت من غير استيفاء فلم تنحل الأخرى، كما لو أبرأ أحدهما أو انفك أحد الرهنين من غير قضاء الحق، وفارق ما إذا سلم المكفول به نفسه، لأنه أصل لهما فإذا برئ الأصل مما تكفل به عنه برئ فرعاه وكل واحد من الكفيلين ليس بفرع للآخر فلم يبرأ ببراءته، ولذلك لو أبرئ المكفول به برئ كفيلاه، ولو أبرئ أحد الكفيلين برئ وحده دون صاحبه.

فصل: ولو تكفل واحد لاثنين فأبرأه أحدهما أو أحضره عند أحدهما لم يبرأ من الآخر، لأن عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقدين فقد التزم إحضاره عند كل واحد منهما، فإذا أحضره عند واحد برئ منه وبقى حق لآخر، كما لو كان فى عقدين، وكما لو ضمن دينًا لرجلين فوفى أحدهما حقه.

فصل: وتفتقر صحة الكفالة إلى رضى الكفيل، لأنه لا يلزمه الحق ابتداء إلا برضاه، ولا يعتبر رضى المكفول له، لأنها وثيقة له، لا قبض فيها، فصحت من غير رضاه فيها، كالشهادة، ولأنها التزام حق له من غير عوض فلم يعتبر رضاه فيها كالنذر، فأما رضاء المكفول به ففيه وجهان: أحدهما: لا يعتبر كالضمان، والثاني: يعتبر، وهو مذهب الشافعى، لأن مقصودها إحضاره، وإن تكفل بغير إذنه لم يلزمه الحضور معه، ولأنه جعل لنفسه حقًا عليه وهو الحضور معه من غير رضاه فلم يجز كما لو لزمه الدين، وفارق الضمان فإن الضامن يقضى الحق ولا يحتاج إلى المضمون عنه، وعلى كلا الوجهين متى كانت الكفالة بإذنه فأراد الكفيل إحضاره لزمه الحضور معه، لأنه شغل ذمته من أجله بإذنه فكان عليه تخليصها، كما

لو استعار عبده فرهنه بإذنه كان عليه تخليصه إذا طلبه سيده، وإن كانت الكفالة بغير إذنه نظرنا، فإن طلبه المكفول له منه لزمه أن يحضر معه، لأن حضوره حق للمكفول له، وقد استناب الكفيل فى طلبه، وإن لم يطلبه المكفول له لم يلزمه أن يحضر معه، لأنه لم يشغل ذمته، وإنما الكفيل شغلها باختيار نفسه، فلم يجز أن يثبت له بذلك حق على غيره، وإن قال المكفول له: أحضر كفيلك كان توكيلاً فى إحضاره ولزمه أن يحضر معه، كما لو وكل أجنبيًا وإن قال: أخرج من كفالتك، احتمل أن يكون توكيلاً فى إحضاره كاللفظ الأول ويحتمل أن تكون مطالبة بالدين الذى عليه فلا يكون توكيلاً فلا يلزمه الحضور معه.

فصل: وإذا قال رجل لآخر: اضمن عن فلان، أو اكفل بفلان ففعل، كان الضمان والكفالة لازمين للمباشر دون الآمر، لأنه كفل باختيار نفسه، وإنما الأمر إرشاد وحث على فعل خير، فلم يلزمه به بشىء.

٨٢٦- **مسألة:** قال: (فإن مات برئ المتكفل).

وجملته: أنه إذا مات المكفول به سقطت الكفالة ولم يلزم الكفيل شىء، وبهذا قال شريح والشعبى وحماد بن أبى سليمان وأبو حنيفة والشافعى وقال الحكم ومالك والليث: يجب على الكفيل غرم ما عليه، وحكى ذلك عن ابن شريح، لأن الكفيل وثيقة بحق، فإذا تعذرت من جهة ما عليه الدين استوفى من الوثيقة كالرهن، ولأنه تعذر إحضاره فلزم كفيله ما عليه كما لو غاب.

ولنا: أن الحضور سقط عن المكفول به فبرئ الكفيل كما لو برئ من الدين، ولأن ما التزمه من أجله سقط عن الأصل فبرئ الفرع كالضامن إذا قضى المضمون عنه الدين أو أبرئ منه وفارق ما إذا غاب، فإن الحضور لم يسقط عنه، ويفارق الرهن فإنه علق به المال فاستوفى منه.

28- **مسألة:** (وإن مات المكفول به أو تلفت العين بفعل الله تعالى أو سلم نفسه برئ الكفيل).

إذا مات المكفول به برئ الكفيل وسقطت الكفالة، وبه قال شريح والشعبى وحماد بن أبى سليمان وأبو حنيفة والشافعى، ويحتمل أن لا يسقط ويطالب بما عليه وهو قول الحكم ومالك والليث وحكى عن ابن شريح، لأن الكفيل وثيقة بحق فإذا تعذرت من جهة من عليه الدين استوفى من الوثيقة كالرهن، ولأنه تعذر إحضاره لزم كفيله ما عليه كما لو غاب.

ولنا: أن الحضور سقط عن المكفول به فبرئ الكفيل كما لو برئ من الدين، ولأن ما التزمه من أجله سقط عن الأصل، فبرئ الفرع كالضامن إذا قضى المضمون عنه الدين أو أبرئ منه، وفارق ما إذا غاب فإن الحضور لم يسقط عنه، وفارق الرهن فإنه غلق به المال فاستوفى منه وكذلك الحكم إن تلفت المكفول بها بفعل الله تعالى، وإن سلم المكفول به نفسه برئ الكفيل، لأنه أتى بما يلزم الكفيل لأجله وهو إحضار نفسه فبرئت ذمته كما لو قضى الدين.

فصل: إذا قال الكفيل: قد برئ المكفول به من الدين وسقطت الكفالة، أو قال: لم يكن عليه دين حين كفلته، فأنكر المكفول له، فالقول قوله، لأن الأصل صحة الكفالة وبقاء الدين وعليه اليمين، فإن نكل قضى عليه، ويحتمل أن لا يستحلف فيما إذا ادعى الكفيل أنه تكفل بمن لا دين عليه، لأن الكفيل مكذب لنفسه فيما ادعاه، فإن من كفل بشخص معترف بدينه فى الظاهر والأول أولى، لأن ما ادعاه محتمل.

فصل: وإذا قال المكفول له للكفيل: أبرأتك من الكفالة برئ، لأنه حقه، فيسقط بإسقاطه كالدين، وإن قال: قد برئت إلىّ منه، أو قد رددته إلىّ برئ أيضًا، لأنه معترف بوفاء الحق فهو كما لو اعترف بذلك فى الضمان، وكذلك إذا قال: برئت من الدين الذى كفلت به، ويبرأ الكفيل فى هذه المواضع دون المكفول به، ولا يكون إقرارًا بقبض الحق وهذا قول محمد بن الحسن، وقيل: يكون إقرارًا فيما إذا قال: برئت من الدين الذى كفلت به، والأول أصح، لأنه يمكن براءته بدون قبض الحق بإبراء المستحق أو موت المكفول به، فإما إن قال للمكفول به: أبرأتك عما لى قبلك من الحق، أو برئت من الدين الذى قبلك فإنه يبرأ من الحق وتزول الكفالة،، لأنه لفظ يقتضى العموم فى كل ما قبله وإن قال: برئت من الدين الذى كفل به فلان برئ وبرئ كفيله.

فصل: وإذا قال الكفيل قد برئ المكفول به من الدين وسقطت الكفالة، أو قال لم يكن عليه دين حين كفلته فأنكر المكفول له فالقول قوله، لأن الأصل صحة الكفالة وبقاء الدين وعليه اليمين، فإن نكل قضى عليه، ويحتمل أن لا يستحلف فيما إذا ادعى الكفيل أنه تكفل بمن لا دين عليه، ولأن الكفيل مكذب لنفسه فيما ادعاه، فإن من كفل بشخص معترف بدينه فى الظاهر والأول أولى لأن ما ادعاه محتمل.

فصل: وإذا قال المكفول له للكفيل: أبرأتك من الكفالة برئ، لأنه حقه فسقط بإسقاطه كالدين، وإن قال: قد برئت إلى منه، أو قد رددته إلى برئ أيضًا، لأنه معترف بوفاء الحق فهو كما لو اعترف بذلك فى الضمان، وكذلك إذا قال له: برئت من الدين الذى كفلت به، ويبرأ الكفيل فى هذه المواضع دون المكفول به، ولا يكون إقرارًا بقبض الحق فيما إذا قال برئت من الدين الذى كفلت به، والأول أصح، لأنه يمكن براءته بدون قبض الحق بإبراء المستحق أو موت المكفول به، فأما إن قال للمكفول به: أبرأتك عما لى قبلك من الحق، أو برئت من الدين الذى قبلك فإنه يبرأ من الحق وتزول الكفالة، لأنه لفظ يقتضى العموم فى كل ما قبله، وإن قال: برئت من الدين الذى كفل به فلان برئ وبرئ كفيله.

29- مسألة: (وإن تعذر إحضاره مع بقائه لزم الكفيل الدين أو عوض العين).

متى تعذر إحضار المكفول به مع حياته أو امتنع من إحضاره لزمه ما عليه وقال أكثرهم: لا غرم عليه.

فصل: وإن كان لذمي على ذمي خمر فكفل به ذمي آخر ثم أسلم المكفول له أو المكفول عنه برئ الكفيل والمكفول عنه، وقال أبو حنيفة: إذا أسلم المكفول عنه لم يبرأ واحد منهما ويلزمهما قيمة الخمر، لأنه كان واجبًا ولم يوجد إسقاط ولا استيفاء، ولا وجد من المكفول له ما يسقط حقه فبقي بحاله.

ولنا: أن المكفول به مسلم فلم يجب عليه الخمر، كما لو كان مسلمًا قبل الكفالة، وإذا برئ المكفول به برئ كفيله، كما لو أدى الدين أو أبرأه منه، ولأنه لو أسلم المكفول له برئا جميعًا، وكذلك إذا أسلم المكفول به، وإن أسلم الكفيل وحده برئ من الكفالة: لأنه لا يجوز وجوب الخمر عليه وهو مسلم.

ولنا: عموم قوله ﷺ: «الزعيم غارم» ولأنه أحد نوعي الكفالة فوجب بهما الغرم كالكفالة بالمال.

30- مسألة: (وإن غاب أمهل الكفيل بقدر ما يمضي فيحضره، فإن تعذر إحضاره ضمن ما عليه).

إذا غاب المكفول به أو ارتد ولحق بدار الحرب لم يؤخذ الكفيل بالحق حتى يمضي زمن يمكن المضي فيه وإعادته، وقال ابن شبرمة: يحبس في الحال، لأن الحق قد توجه عليه.

ولنا: أن الحق يعتبر في وجوب أدائه إمكان التسليم، وإن كان حالاً كالدين، فإذا مضت مدة يمكن إحضاره فيها ولم يحضره أو كانت الغيبة منقطعة لا يعلم خبره أو امتنع من إحضاره مع إمكانه أخذ بما عليه، وقال أصحاب الشافعي: إن كانت الغيبة منقطعة لا يعلم مكانه لم يطالب الكفيل بإحضاره ولم يلزمه شيء، وإن امتنع من إحضاره مع إمكانه حبس، وقد دللنا على وجوب الغرم في المسألة التي قبلها.

فصل: وإن كفل إلى أجل مجهول لم تصح الكفالة، وهذا قول الشافعي، لأنه ليس له وقت يستحق مطالبته فيه، وهكذا الضمان، وإن جعله إلى الحصاد والجذاذ والعطاء خرج على الوجهين كالأجل في البيع، والأولى صحته ههنا، لأنه تبرع من غير عوض جعل له أجلاً لا يمنع من حصول المقصود منه فصح كالنذر، وهكذا كل مجهول لا يمنع مقصود الكفالة، وقد روى مهنا عن أحمد في رجل كفل رجلاً وقال: إن جئت به في وقت كذا وإلاً فما عليه عليَّ فقال: لا أدري، ولكن إن قال ساعة كذا لزمه، فنص على تعيين الساعة وتوقف عن تعيين الوقت، ولعله أراد وقتًا متسعًا أو وقت شيء يحدث مثل وقت الحصاد ونحوه، فأما إن قال: وقت طلوع الشمس أو نحو ذلك صح، وإن قال: إلى الغد أو إلى شهر كذا تعلق بأوله على ما ذكرنا في السلم، فإن تكفل برجل إلى أجل إن جاء به فيه وإلاً لزمه ما عليه صح، وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف، وقال محمد بن الحسن والشافعي: لا تصح الكفالة ولا يلزمه ما عليه، لأن هذا تعليق الضمان بخطر فلم يصح، كما لو علقه بقدوم زيد.

فـصـل: فإذا قال أعط فلانًا ألفًا فـفعل، لم يرجع على الآمر، ولم يكن له ذلك كفالة، ولا ضمانًا إلا أن يقول: أعطه عني، وقال أبو حنيفة: يرجع عليه إذا كان خليطًا له: لأن العادة أنه يستقرض من خليطه.

ولنا: أنه لم يقل أعطه عنى، فلم يلزمه الضمان كما لو لم يكن خليطًا، ولا يلزم إذا كان له عليه مال فقال: أعطه فلانًا حيث يلزمـه، لأنه لا يلزمه لأجل هذا القول، بل لأن عليه حقًا يلزمه أداؤه.

ولنا أن هذا موجب الكفالة ومقتضاها فـصح اشتراطه، كما لو قال: إن جئت به فى وقت كذا وإلا فلك حبسى، ومبنى هذا الخلاف ههنا على الخلاف فى أن هذا مقتضى الكفالة، وقد دللنا عليه.

31- مسألة: (وإذا طالب الكفيل المكفول به بالحضور معه لزمه ذلك إن كانت الكفالة بإذنه أو طالبه صاحب الحق بإحضاره وإلاً فلا).

إذا كفل رجلاً بإذنه فأراد إحضاره ليسلمه إلى الـمكفول له لزمه الحضور معه، لأنه شغل ذمته من أجل بإذنه فلزمـه تخليصها، كما لو اسـتعار عبده فرهنه بإذنه، فإن علـيه تخليصه إذا طلبه سـيده، وإن كـانت بغير إذنـه فإن طلبه المكـفول له لزمه الحـضور، لأن حـضوره حق للمكفول له، وقد استناب الكفيل فى ذلك، وإن لم يطلبه المكفول له لم يلزمه الحضور، لأنه لم يشغل ذمته وإنما الكـفيل شغلها باختيار نفسه فلم يجـز أن يثبت له بذلك حق على غيره، وإن قال له المكفول له: أحضر كفيلك كان توكيـلاً فى إحضاره ولزمه أن يحضر معه، كما لو وكل غيره، وإن قال: اخـرج من كفالتك احتمل أن يكون توكيـلاً فى إحضاره كاللفظ الأول، واحتمل أن يكون مطالبة بالدين الذى عليه فلا يكون توكيلاً ولا يلزمه الحضور معه.

فصل: وإذا قال رجل لآخر: اضمن عن فلان أو أكفل بفلان ففعل كان الضمان والكفالة لازمين للمباشر دون الآمـر، لأنه كفل باختيار نفسه، وإنما الأمـر إرشاد وحث على فعل خير فلا يلزمه به شىء.

فصل: ولو قال: أعط فلانًا ألفًا ففعل لم يرجع على الآمر ولم يكن ذلك كفالة ولا ضمانًا إلاً أن يقول: أعط عنى، وقال أبو حنيفة: يرجع عليه إذا كان خليطًا له.

ولنا: أنه لم يقل: أعطه عنى فلم يـلزمه الضمـان، كمـا لو لم يكن خليطًا، ولا يلزم إذا كان له عليه مال فقال: أعط فلانًـا حيث يلزمه، لأنه لم يلزمه لأجل هذا القول، بل لأن عليه حقًا يلزمه أداؤه.

فـصـل: ولو تكفـل اثنان بواحـد صح، وأيهم قضـى الدين برئ الآخر لمـا ذكرنا فى الضمان، وإن سلم المكفول به نفـسه برئ كفيلاه، وإن أحضره أحـد الكفيلين لم يبرأ الآخر، لأن إحدى الوثيقتين انحلت من غير استـيفاء فلم تنحل الأخرى، كما لو أبرأ أحدهما أو انفك

فصل: إذا كانت السفينة فى البحر وفيها متاع، فخيف غرقها فألقى بعض من فيها متاعه فى البحر لتخف، ولم يرجع به على أحد، سواء ألقاه محتسبًا بالرجوع أو متبرعًا، لأنه أتلف مال نفسه باختياره من غير ضمان، فإن قال له بعضهم: ألق متاعك فألقاه فكذلك، لأنه لا يكرهه على إلقائه ولا ضمن له، وإن قال: ألقه وعلىّ ضمانه فألقاه، فعلى القائل ضمانه، ذكره أبو بكر، لأن ضمان ما لم يجب صحيح، وإن قال: . ألقه وأنا وركبان السفينة ضمناء له ففعل، فقال أبو بكر: يضمنه القائل وحده، إلا أن يتطوع بقيتهم، قال القاضى: إن كان ضمان اشتراك فليس عليه إلا ضمان حصته لأنه لم يضمن الجميع إنما ضمن حصته وأخبر عن سائر ركبان السفينة بضمان سائره فلزمته حصته، ولم يقبل قوله فى حق الباقين، وإن كان ضمان اشتراك وانفراد، بأن يقول: كل واحد منا ضامن لك متاعك أو قيمته، لزم القائل ضمان الجميع، وسواء قال هذا والباقون يسمعون فسكتوا، أو قالوا لا نفعل، أو لم يسمعوا، ، لأن سكوتهم لا يلزمهم به حق.

أحد الرهنين من غير قضاء الحق، بخلاف ما إذا سلم المكفول به نفسه، لأنه أصل لهما فإذا برئ الأصل مما تكفل به عنه برئ كفيلاه، لأنهما فرعاه، وكل واحد من الكفيلين ليس بفرع للآخر فلم يبرأ ببراءته وكذلك لو أبرأ المكفول به برئ كفيلاه، ولو أبرئ أحد الكفيلين وحده لم يبرأ الآخر.

32- **مسألة:** (ولو تكفل واحد غريمًا لاثنين فأبرأه أحدهما أو أحضره عند أحدهما لم يبرأ من الآخر).

لأن عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة عقدين فقد التزم إحضاره عن كل واحد منهما فإذا أحضره عند أحدهما برئ منه كما لو كان فى عقدين، وكما لو ضمن دينًا لرجلين فوفا أحدهما حقه.

فصل: وإذا كانت السفينة فى البحر وفيها متاع فخيف غرقها فألقى بعض من فيها متاعه فى البحر لتخف لم يرجع به على أحد، سواء ألقاه محتسبًا بالرجوع أو متبرعًا، لأنه أتلف مال نفسه باختياره من غير ضمان، وإن قال له بعضهم: ألق متاعك فألقاه فكذلك، لأنه لم يكرهه ولا ضمن له، فإن قال: ألقه وعلىَّ ضمانه فألقاه فعلى القائل الضمان، ذكره أبو بكر، لأن ضمان ما لم يجب صحيح، وإن قال: ألقه وأنا وركبان السفينة ضمناء له ففعل فقال: أبو بكر يضمنه القائل وحده إلا أن يتطوع بقيتهم، وقال القاضى: إن كان ضمان اشتراك فليس عليه إلاَّ ضمان حصته، لأنه لم يضمن الجميع إنما ضمن حصته، وأخبر عن سائر ركبان السفينة بضمان سائره فلزمه حصته ولم يقبل قوله فى حق الباقين، وإن كان ضمان اشتراك وانفراد بأن يقول: كل واحد منا ضامن لك متاعك أو قيمته لزم القائل ضمان الجميع، وسواء قال هذا والباقون يسمعون فسكتوا أو قالوا: لا نفعل أو لم يسمعوا، لأن سكوتهم لا يلزمهم به حق.

فصل: قال مهنا: سألت أحمد عن رجل له على رجل ألف درهم فأقام بها كفيلين كل واحد منهما كفيل ضامن، فأيهما شاء أخذه بحقه فأحال رب المال عليه رجلاً بحقه؟ فقال: يبرأ الكفيلان، قلت: فإن مات الذى أحاله عليه بالحق ولم يترك شيئًا؟ قال: لا شىء له ويذهب الألف.

فصل: قال مهنا: سألت أحمد عن رجل له على رجل ألف درهم فأقام بها كفيلين كل واحد منهما كفيل ضامن فأيهما شاء أخذه بحقه فأحال رب المال عليه رجلاً بحقه، فقال: يبرأ الكفيلان، قال: فإن مات الذى أحاله عليه بالحق ولم يترك شيئًا؟ قال: لا شىء له ويذهب الألف.

كتــــاب الشـــركة

الشركة: هى الاجتماع فى استحقاق أو تصرف، وهى ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿**فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ**﴾ (النساء: ١٢) وقال الله تعالى: ﴿**وَإِنَّ كَثِيراً مِنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِلاَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ**﴾ (ص: ٢٤) والخلطاء: هم الشركاء، ومن السنة: ما روى أن البراء بن عازب وزيد بن أرقم كانا شريكين فاشتريا فضة بنقد ونسيئة، فبلغ رسول الله ﷺ فأمرهما أن ما كان بنقد فأجيزوه، وما كان نسيئة فردوه[١]، وروى عن النبى ﷺ أنه قال: «يقول الله: أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإذا خان أحدهما صاحبه خرجت من بينهما» رواه أبو داود[٢]، وروى عن النبى ﷺ أنه قال: «يد الله على الشريكين ما لم يتخاونا»[٣] وأجمع المسلمون على جواز الشركة فى الجملة: وإنما اختلفوا فى أنواع منها نبينها إن شاء الله تعالى، والشركة على ضربين: شركة أملاك، وشركة عقود، وهذا الباب لشركة العقود، وهى أنواع خمسة: شركة العنان، والأبدان، والوجوه، والمضاربة، والمفاوضة، ولا يصح شىء منها إلا من جائز التصرف، لأنه عقد على التصرف فى المال فلم يصح من غير جائز التصرف فى المال كالبيع.

باب الشركة

الشركة: هى الاجتماع فى استحقاق أو تصرف، وهى ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقوله سبحانه وتعالى: ﴿**فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ**﴾ وقال تعالى: ﴿**وَإِنَّ كَثِيراً مِنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ**﴾ الآية والخلطاء هم الشركاء، ومن السنة ما روى أن البراء بن عازب وزيد بن أرقم كانا شريكين فاشتريا فضة بنقد ونسيئة فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فأمرهما أن ما كان بنقد فأجيزوه وما كان نسيئة فردوه، وروى عن النبى ﷺ أنه قال: «يقول الله عز وجل: أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإذا خان أحدهما صاحبه خرجت من بينهما» رواه أبو داود، وروى عن النبى ﷺ أنه قال: «يد الله على الشريكين ما لم يتخاونا» وأجمع المسلمون على جواز الشركة فى الجملة، وإنما اختلفوا فى أنواع منها نبينها إن شاء الله تعالى.

---

(١) أخرجه أحمد فى مسنده (٤/ ٣٧١) وإسناده صحيح على شرط الشيخين.

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ح ٣٣٨٣) والحاكم فى المستدرك (٢/ ٥٢) والبيهقى (٦/ ٧٨ - ٨٩) وإسناده ضعيف، انظر إرواء الغليل (١٤٦٨).

(٣) أخرجه الدارقطنى (٣/ ٣٥) وفى إسناده يحيى بن سعيد بن حيان التميمى، قال الذهبى فى الميزان: لا يكاد يعرف.

فـصـل: قال أحمد: **يُشَارَكُ اليهودي والنصراني، ولكن لا يخلو اليهودي والنصراني بالمال دونه ويكون هو الذي يليه، لأنه يعمل بالربا،** وبهذا قال الحسن و الثوري، وكره الشافعي مشاركتهم مطلقًا، لأنه روى عن عبد الله بن عباس أنه قال: أكره أن يُشارِكَ المسلم اليهودي، ولا يعرف له مخالف في الصحابة، ولأن مال اليهودي والنصراني ليس بطيب، فإنهم يبيعون الخمر ويتعاملون بالربا فكرهت معاملتهم.

ولنا: ما روى الخلال بإسناده عن عطاء قال: نهى رسول الله ﷺ عن مشاركة اليهودي والنصراني، إلا أن يكون الشراء والبيع بيد المسلم[٤]، ولأن العلة في كراهة ما خلوا به معاملتهم بالربا وبيع الخمر والخنزير، وهذا منتف فيما حضره المسلم أو وليه، وقول ابن عباس محمول على هذا فإنه علل بكونهم يربون، كذلك رواه الأثرم عن أبي حمزة عن ابن عباس أنه قال: «لا تشاركَنَّ يهوديًا ولا نصرانيًا ولا مجوسيًا، لأنهم يربون، وأن الربا لا يحل[٥]، وهو قول واحد من الصحابة لم يثبت انتشاره بينهم، وهم لا يحتجون به، وقولهم:

والشركة نوعان: شركة أملاك وشركة عقود، وهذا الباب لشركة العقود.

١- مسألة: وهي على خمسة أضرب: أحدها: شركة العنان والثاني شركة المضاربة وشركة الوجوه وشركة الأبدان وشركة المفاوضة، ولا يصح شيء منها إلا من جائز التصرف، لأنه عقد على التصرف فلم يصح من غير جائز التصرف في المال كالبيع.

فصل: قال أحمد: **يشارك اليهودي والنصراني ولكن لا يخلو اليهودي والنصراني بالمال دونه ويكون هو الذي يليه، لأنه يعمل بالربا،** وبهذا قال الحسن والثوري، وكره الشافعي مشاركتهم مطلقًا، لأنه روى عن عبد الله بن عباس أنه قال: أكره أن يشارك المسلم اليهودي ولا يعرف له مخالف في الصحابة، ولأن مال اليهودي والنصراني ليس بطيب فإنهم يبيعون الخمر ويتعاملون بالربا فكرهت معاملتهم.

ولنا: ما روى الخلال بإسناده عن عطاء قال: نهى رسول الله ﷺ عن مشاركة اليهودي والنصراني إلا أن يكون الشراء والبيع بيد المسلم، ولأن العلة في كراهة ما خلوا به معاملتهم بالربا وبيع الخمر والخنزير وهذا منتف فيما حضره المسلم أو وليه، وقول ابن عباس محمول على هذا فإنه علل بكونهم يربون، كذلك رواه الأثرم عن أبي حمزة عن ابن عباس أنه قال: لا تشاركن يهوديّا ولا نصرانيّا ولا مجوسيّا، لأنهم يربون وأن الربا لا يحل، وهو قول واحد من الصحابة لم ينتشر بينهم وهم لا يحتجون به، وقولهم: إن أموالهم غير طيبة لا يصح، فإن النبي ﷺ قد عاملهم ورهن درعه عند يهودي على شعير أخذه لأهله وأرسل إلى آخر يطلب منه ثوبين إلى الميسرة، وأضافه يهودي بخبز وإهالة سبخة، ولا يأكل النبي ﷺ إلا الطيب

---

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٦/ ٩) موقوفًا.

(٥) أخرجه البيهقي (٥/ ٣٣٥) من كتاب البيوع.

إن أموالهم غـير طيبة لا يصح، فـإن النبى ﷺ قد عاملهم، ورهن درعـه عند يهودى على شعير أخذه لأهله(٦)، وأرسل إلى آخر يطلب منه ثوبين إلى الميسرة(٧)، وأضافه يهودى بخبز وإهالة سنـخـة(٨)، ولا يأكل النبى ﷺ ما ليس بطيب وما باعـوه من الخمر والخنزير قبل مشاركة المسلم فثمنه حلال لاعتـقادهم حله، ولهذا قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه «ولوهم بيعها وخذوا أثمانها» فأما مـا يشتريه أو يبيعه من الخمر بمال الشركـة أو المضاربة فإنه يقع فاسداً، وعليه الضمان، لأن عـقد الوكيل يقع للموكل والمسلم لا يثـبت ملكه على الخمر والخنزير، فأشبه ما لو اشترى به ميتة أو عامل بالربا وما خفى أمره فلم يعلم، فالأصل إباحته وحله، فأما المجوسىّ: فإن أحمد كره مشاركته ومعـاملته، قال: ما أحب مخالطته ومعاملته، لأنه يستحل ما لا يستـحل هذا، قال حنبل: قال عـمى: لا تشاركه ولا تضاربه وهذا والله أعلم على سـبيل الاستحباب لترك معاملته والكراهة لمشاركته، وإن فعل صح، لأن تصرفه صحيح.

٨٢٧- **مسألة:** قال: (وشركة الأبدان جائزة).

معنى شركـة الأبدان: أن يشترك اثنان أو أكثر فيـما يكتسبونه بأيديهم كالصنـاع يشتركون على أن يعملوا فى صناعاتهم، فما رزق الله تعالى فهو بينهم، فـإن اشتركوا فيما يكتسبون من المباح، كالحطب والحشيش والثمار المأخوذة من الجبال والمعادن والتلصص على دار الحرب فهـذا جائز، نص عليه أحـمد فى رواية أبى طالب، فـقال: لا بأس أن يشتـرك القوم بأبدانهم وليس لهم مال، مثل الصيـادين والنقالين والحمالين، قد أشرك النبى ﷺ بين عـمار وسعد

وما باعوه من الخـمر والخنزير قبل مشاركة المـسلم فثمنه حلال لاعتقـادهم حله، ولهذا قال عمر رضي الله عنه: ولوهم بيعـها وخذوا أثمانها، فأما مـا يشتريه أو يبيعه من الخمـر بمال الشركة أو المضـاربة فإنه يقع فاسداً وعليـه الضمان، لأن عقـد الوكيل يقع للموكل، والمـسلم لا يثبت ملكه على الخمر والخنزير فأشـبه شراء الميتة والمعاملة بالربا، ومـا خفى أمره ولم يعلم فهو مباح الأصل، فأمـا المجوسى فإن أحمد كره مشـاركته ومعاملته، لأنه يستـحل ما لا يستحل هذا، قال حنبل: قال عـمى: لا يشاركه ولا يضاربه، وهذا والله أعلم على سبيل الاسـتحباب لترك الاستحباب لترك معاملته والكراهة لمشاركته، فإن فعل صح لأن تصرفه صحيح.

فـــصل: وشركة العنان أن يشترك اثنان بمـاليهما ليعملا فيه ببدنهمـا وربحه لهما فينفذ تصرف كل واحد منهما فيهما بحكم الملك فى نصيبه والوكالة فى نصيب شريكه، وهى جائزة بالإجماع ذكره ابن المنذر، وإنمـا اختلف فى بعض شروطها، واختلف فى علة تسميـتها بهذا

---

(٦)أخرجه البخارى (٤/ ح ٢٠٦٨/ فتح) ومسلم (٣/ مساقاة/ ١٢٢٦) وتقدم تخريجه مستوفيًا فى المسألة برقم (٧٧٢) برقم (١٦٠، ١٦١).

(٧)أخرجه الترمذي (٣/ ح ١٢١٣) والنسائى (٧/ ح ٤٦٤٢).

(٨)أخرجه أحمد فى مسنده (٣/ ٢١٠، ٢١١، ٢٧٠) وإسناده صحيح.

وابن مسعود فجاء سعد بأسيرين، ولم يجيئا بشيء[٩]، وفسر أحمد صفة الشركة فى الغنيمة، فقال: يشتركان فيما يصيبان من سلب المقتول: لأن القاتل يختص به من دون الغانمين، وبهذا قال مالك، وقال أبو حنيفة، يصح فى الصناعة، ولا يصح فى اكتساب المباح، كالاحتشاش والاغتنام، لأن الشركة مقتضاها الوكالة ولا تصح الوكالة فى هذه الأشياء، لأن من أخذها ملكها، وقال الشافعى: شركة الأبدان كلها فاسدة، لأنها شركة على غير مال، فلم تصح، كما لو اختلفت الصناعات.

ولنا: ما روى أبو داود والأثرم بإسنادهما عن أبى عبيدة بن عبد الله قال: «اشتركنا أنا وسعد وعمار يوم بدر فلم أجئ أنا وعمار بشيء، وجاء سعد بأسيرين» ومثل هذا لا يخفى على رسول الله ﷺ وقد أقرهم عليه، وقال أحمد: أشرك بينهم النبى ﷺ، **فإن قيل:** فالمغانم مشتركة بين الغانمين بحكم الله تعالى، فكيف يصح اختصاص هؤلاء بالشركة فيها؟ وقال بعض الشافعية: غنائم بدر كانت لرسول الله ﷺ، وكان له أن يدفعها إلى من شاء فيحتمل أن يكون فعل ذلك لهذا؟ **قلنا:** أما الأول: فالجواب عنه: أن غنائم بدر كانت لمن أخذها من قبل أن يشرك الله تعالى بينهم، ولهذا نقل أن النبى ﷺ قال: «من أخذ شيئًا فهو له»[١٠] فكان ذلك من قبيل المباحات؛ من سبق إلى أخذ شيء فهو له، ويجوز أن يكون

الاسم، فقيل: سميت بذلك لأنهما يتساويان فى المال والتصرف كالفارسين إذا سويا بين فرسيهما وتساويا فى السير فإن عنانيهما يكونان سواء، وقال الفراء: هى مشتقة من عنَّ الشيء إذا عرض يقال: عنت إلى حاجبها إذا عرضت، فسميت الشركة بذلك، لأن كل واحد منهما عنَّ له أن يشارك صاحبه، وقيل: هى مشتقة من المعاننة وهى المعارضة يقال: عاننت فلانًا إذا عارضته بمثل بماله وأفعاله، فكل واحد من الشريكين معارض لصاحبه بماله وأفعاله، وهذا يرجع إلى قول الفراء.

2- مسألة: (ولا تصح إلا بشرطين: أحدهما أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير).

ولا خلاف فى أنه يجوز أن يجعل رأس المال دراهم أو دنانير إذا كانت غير مغشوشة، لأنهما قيم الأموال وأثمان البياعات، والناس يشتركون فيها من لدن النبى ﷺ إلى زمننا هذا من غير نكير.

فصل: ولا تصح بالعروض فى ظاهر المذهب، نص عليه أحمد فى رواية أبى طالب

---

(٩) أخرجه أبو داود (٣/ ح ٣٣٨٨) والنسائى (٧/ ٤٧١١) وابن ماجه (١/ ح ٢٢٨٨) وإسناده ضعيف، فيه أبو إسحاق السبيعى اختلط بآخره، قال ابن معين: سمع منه ابن عيينة بعد ما تغير، وأما أبو عبيدة ابن عبد الله قال الحافظ فى التقريب: الراجح أنه لم يسمع من أبيه.

(١٠) أخرجه البيهقى (٦/ ٣١٥) وقال: الذى روى فى هذا ما ذكرته، وقد روى عن ابن عباس ما يخالفه فى لفظه، وقال الألبانى فى الإرواء: لم أعرفه الآن.

شرك بينهم فيما يصيبونه من الأسـلاب والنفل، إلا أن الأول أصح، لقوله: جاء سعد بأسيرين ولم أجئ أنا وعمار بشيء، وأما الثـانى: فإن الله تعالى إنما جعل الغنيمـة لنبيه ﷺ بعد أن غنموا، واختلفوا فى الغنائم، فأنزل الله تعالى: ﴿ **يَسْأَلُونَكَ عَنِ الأَنفَالِ قُلِ الأَنفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ** ﴾ (الأنفال: ١) والشركة كانت قبل ذلك، ويدل على صحة هذا: أنها لو كانت لرسول الله ﷺ لم يخل: إما أن يكون قـد أباحهم أخذها، فـصارت كالمبـاحات، أو لم يبحـها لهم، فكيف يشتركـون فى شىء لغيرهم؟ وفى هذا الخبر حـجة على أبى حنيفة أيضًا، لأنهم اشـتركوا فى مباح وفيما ليس بصناعة، وهو يمنع ذلك، ولأن العمل أحد جهتى المضاربة، فصحت الشركة عليه كالمـال؛ وعلى أبى حنيفة: أنهمـا اشتركا فى مكسب مـباح فصح، كما لو اشـتركا فى الخيـاطة والقصـارة ولا نسلم أن الوكالة لا تصح فـى المباحـات، فإنه يصح أن يسـتنيب فى تحصيلها بأجرة، فكذلك يصح بغير عوض إذا تبرع أحدهما بذلك، كالتوكيل فى بيع ماله.

فـصل: وتصح شركة الأبدان مع اتفاق الصنائع، فأما مع اختلافها فقال أبو الخطاب: لا تصح، وهو قول مـالك، لأن مقتضـاها أن ما يتقبله كـل واحد منهما من العـمل يلزمه ويلزم صاحبه، ويطالب به كل واحد منهما، فإذا تقبل أحدهـما شيئًا مع اختلاف صنائعهما لم يمكن الآخر أن يقوم به، فكيف يلزمـه عمله؟ أم كيف يطالب بما لا قدرة له عليـه؟ وقال القاضى: تصح الشركة، لأنهما اشتركا فى مـكسب مباح فصح، كما لو اتفقت الصنائع، ولأن الصنائع المتفقة قد يكون أحد الرجلين أحذق فيهـا من الآخر، فربما يتقبل أحدهما ما لا يمكن الآخر

وحرب، وحكاه عنه ابن المنذر، وكره ذلك يحيى بن أبى كثير وابن سيرين والثورى والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحـاب الرأى، لأن الشركة إما أن تقع على أعيان العروض أو قيـمتها أو أثمانها: لا يجوز وقوعها على أعيانها، لأن الشركة تقتضى الرجوع عند المفاضلة برأس المال أو بمثله، وهذه لا مثل لها فيـرجع عليه، وقد تزيد قيمة جنس أحدهما دون الآخـر فيستوعب بذلك جميع الربح أو جـميع المال، وقد تنقص قيـمتها فيؤدى إلـى أن يشاركه فى ثمن ملكه الذى ليس بربح، ولا على قيـمتها، لأن القيمـة غير متحـققة القدر فيـفضى إلى التنازع، وقد يقوم الشىء بأكثـر من قيمته، ولأن القـيمة قد تزيد فى أحدهمـا قبل بيعه فيشـاركه الآخر فى العين المملوكة له، ولا يجوز وقـوعها على أثمانها، لأنها معدومـة حال العقد ولا يملكانها، لأنه إن أراد ثمنهـا الذى اشتراها به فـقد خرج عـن ملكه وصار للبائع، وإن أراد ثـمنها الذى يبيعها به فإنها تصير شركة معلقة على شرط وهو بيع الأعيان وهذا لا يجوز، وفيه رواية أخرى أن الشركة والمضاربة تجوز بالعروض ويجعل رأس المال قـيمتها وقت العقد، قال أحمد: إذا اشتركا فى العروض يقسم الربح على ما اشـترطا، وقال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسئل عن المضاربة بالمتـاع فقال: جائز، فظاهر هذا صحة الشركـة بها، اختاره أبو بكر وأبو الخطاب، وهو قـول مالـك وابن أبى ليلى، وبه قـال فى المـضاربة طاوس والأوزاعى وحـمـاد بن أبى

عمله، ولم يمنـع ذلك صحتـها، فكذلك إذا اختلفت الصنـاعتان، وقـولهم: يلزم كل واحد منهمـا ما يتقبله صـاحبه، قال الـقاضى: يحتمل أن لا يلزمـه ذلك، لأنهما كـالوكيلين بدليل صحتـهما فى المباح، ولا ضمـان فيها، وإن قلنا: يلزمه أمكنه تحـصيل ذلك بالأجرة أو بمن يتبـرع له بعمله، ويدل على صحـة هذا أنه لو قال أحـدهما: أنا أتقبل وأنت تعـمل، صحت الشركة، وعمل كل واحد منهما غير عمل صاحبه.

فــصل: وإذا قال أحدهما: أنا أتقبل وأنت تعـمل والأجرة بينى وبينك صحت الشركة، وقال زفر: لا تصح، ولا يستحق العامل المسمى، وإنما له أجرة المثل.

ولنا: أن الضمان يسـتحق به الربح، بدليل شركة الأبدان، وتقبل العـمل يوجب الضمان على المتقبل ويستـحق به الربح، فصار كتقبله المال فى المضاربـة، والعمل يستحق به العامل الربح كعمل المضارب، فينزل بمنزلة المضاربة.

فــصل: والربح فى شركة الأبدان على ما اتفقوا عـليه، من مساواة أو تفاضل لأن العمل يستحق به الربح، ويجوز تفاضلهما فى العـمل، فجاز تفاضلهما فى الربح الحاصل به، ولكل واحد منهما المطالبة بالأجرة، وللمستأجر دفعها إلى كل واحد منهما، وإلى أيهما دفعها برىء منها، وإن تلفت فى يد أحدهما من غـير تفريط فهى من ضمانهما معًـا، لأنهما كالوكيلين فى المطالبة، ومـا يتقبله كل واحد منهـما من الأعمال فهـو من ضمانهمـا، يطالب به كل واحد منهما ويـلزمه عمله، لأن هذه الشركـة لا تنعقد إلا على الضمـان ولا شىء فيها تنعـقد عليه

سليمان، لأن مقـصود الشركة جواز تصرفهـما فى المالين جميعًا، وكـون ربح المالين بينهما وهو حاصل فـى العروض كحـصوله فى الأثمـان، فـيجب أن تصح الشركـة والمضاربـة بها كالأثمان، ويرجع كل واحد منهما عند المفاضلة بقيـمة ماله عند العقد، كما أننا جعلنا نصاب زكاتها قيمتها، وقال الشافعى: إن كانت العروض من ذوات الأمثال أشبهت النقود ويرجع عند المفاضلة بمثلها، وإن لم تكن من ذوات الأمثـال لم يجز وجهًا واحدًا، لأنه لا يمكن الرجوع بمثلهـا، ووجه الأول: أنه نوع شركة فـاستوى فيهـا ما له مثل من العروض، ومـا لا مثل له كالمضاربة فـإنه سلم أن المضاربة لا تجوز بشىء من العروض، ولأنهـا ليست بنقد فلم تصح الشركة بها كالذى لا مثل له.

3- مـسألة: (وهل تصح بالمغشوش والفلوس؟ على وجهين).

اختلف أصحابنا فى الشركة بالمغشوش من الأثمان هل تصح؟ على وجهين: **أحدهما:** لا تصح سـواء قل الغش أو كثـر، وبه قال الشافـعى، وقال أبو حنـيفة: إن كـان الغش أقل من النصف جاز، وإن كثر لم يجز، لأن الاعتبار بالغالب فى كثير من الأصول.

ولنا: أنها مـغشـوشة أشبـه ما لو كان الغش أكـثر، ولأن قـيمتـها تزيد وتنقص أشـبهت العروض، وقولهم: الاعتـبار بالغالب لا يصح فإن الفضة إذا كانت أقـل لم يسقط حكمها فى

الشركة حال الضمان، فكأن الشركة تضمنت ضمان كل واحد منهما عن الآخر ما يلزمه، وقال القاضى: يحتمل أن لا يلزم أحدهما ما لزم الآخر لما ذكرنا من قبل، وما يتلف بتعدى أحدهما أو تفريطه أو تحت يده على وجه يوجب الضمان عليه فذلك عليه وحده، وإن أقرَّ أحدهما بما فى يده قبل عليه وعلى شريكه لأن اليد له فيقبل إقراره بما فيها، ولا يقبل إقراره بما فى يد شريكه ولا بدين عليه، لأنه لا بد له على ذلك.

فصل: وإن عمل أحدهما دون صاحبه فالكسب بينهما، قال ابن عقيل: نص عليه أحمد فى رواية إسحاق بن هانئ، وقد سئل عن الرجلين يشتركان فى عمل الأبدان، فيأتى أحدهما بشىء ولا يأتى الآخر بشىء قال: نعم هذا بمنزلة حديث سعد وابن مسعود، يعنى حيث اشتركوا فجاء سعد بأسيرين وأخفق الآخران، ولأن العمل مضمون عليهما معًا، وبضمانهما له وجب الأجرة فيكون لهما كما كان الضمان عليهما ويكون العامل عونًا لصاحبه فى حصته، ولا يمنع ذلك استحقاقه، كمن استأجر رجلاً ليقصر له ثوبًا فاستعان القصار بإنسان فقصر معه، كانت الأجرة للقصار المستأجر، كذا ههنا، وسواء ترك العمل لمرض أو غيره فإن طالب أحدهما الآخر إن يعمل معه أو يقيم مقامه من يعمل فله ذلك، فإن امتنع فللآخر الفسخ، ويحتمل أنه متى ترك العمل من غير عذر أن لا يشارك صاحبه فى أجرة ما عمله دونه، لأنه إنما شاركه ليعملا جميعًا، فإذا ترك أحدهما العمل فما وفى بما شرط على نفسه فلم يستحق ما جعل له فى مقابلته، وإنما احتمل ذلك فيما إذا ترك أحدهما العمل لعذر، لأنه لا يمكن التحرز منه.

الزكاة وكذلك الذهب اللهم إلا أن يكون الغش قليلاً لمصلحة النقد كيسير الفضة فى الدينار كالحبة ونحوها فلا اعتبار به، لأنه لا يمكن التحرز منه ولا يؤثر فى ربا ولا غيره، **والثانى**: أن الشركة تصح بناء على صحة الشركة فى العروض وقد ذكرنا ذلك، وحكم النقرة فى الشركة بها كالحكم فى العروض، لأن قيمتها تزيد وتنقص أشبهت العروض، ولا تصح الشركة بالفلوس، وبه قال أبو حنيفة والشافعى وابن القاسم صاحب مالك، ويتخرج الجواز إذا كانت نافقة، فإن أحمد قال: لا أرى السلم فى الفلوس، لأنه يشبه الصرف، وهذا قول محمد بن الحسن وأبى ثور لأنها ثمن فأشبهت الدراهم والدنانير، وفيه وجه آخر أن الشركة تجوز بها على كل حال وإن لم تكن نافقة بناء على جواز الشركة بالعروض، ووجه الأول أنها تنفق مرة وتكسد أخرى فأشبهت العروض، فإذا قلنا بصحة الشركة بها فإنها إن كانت نافقة كان رأس المال مثلها وإن كانت كاسدة كانت قيمتها كالعروض.

فصل: ولا يجوز أن يكون رأس مال الشركة مجهولاً ولا جزافًا، لأنه لا بد من الرجوع به عند المفاضلة ولا يمكن مع الجهل به ولا يجوز بمال غائب ولا دين، لأنه لا يمكن التصرف فيه فى الحال وهو مقصود الشركة.

فـصل: فإن اشترك رجلان لكل واحد منهما دابة عـلى أن يؤجراهما فما رزقهما الله من شيء فهو بينهما صـح، فإذا تقبلا حمل شيء معلوم إلى مكان معلوم في ذمتـهما، ثم حملاه على البهـيمين أو غيرهمـا صح، والأجرة بينهما على مـا شرطاه، لأن تقبلهمـا الحمل أثبت الضمان في ذمـتهما، ولهـما أن يحملاه بأى ظهـر كان والشركة تنعـقد على الضمان كـشركة الوجوه، وإن أجراهما أعيانهما على حـمل شيء بأجرة معلومة لم تصح الشركة، ولكل واحد منهما أجر دابته، لأنه لم يجد ضمان الحمل فى ذممهمـا، وإن استحق المشترى منفعة البهيمة التى استأجـرها، ولهذا تنفسخ الإجارة بموت الـدابة التى اكتراها، ولأن الشركة إمـا أن تنعقد على الضمان فى ذممهـما أو على عملهما وليس هذا بواحد منهما، فإنه لم يثـبت فى ذممهما الضمان، ولا عملا بأبدانهما ما يجب الأجر في مقابلته، ولأن الشركة تتضمن الوكالة والوكالة على هذا الوجه لا تصح، ولهذا لو قال: أجر عبدك وتكون أجرته بينى وبينك لم تصح كما لو قال: بع عبدك وثمنه بيننا لم تصح، ويحتمل أن تصح الشركة كما لو اشتركا فيما يكتسبان من المباح بأبدانهما، فإن أعان أحدهما صاحـبه فى التحميل والنقل كان له أجر مثله، لأنها منافع وفاها بشبهة عقد.

فـصل: فإن كان لِقَصَّارٍ أداة ولآخر بيت، فـاشتركا على أن يعملا بأداة هذا فى بيت هذا والكسب بينهـما جاز، والأجـرة على ما شرطاه، لأن الشـركة وقعت علـى عملهمـا والعمل

4- مـسـألة: (الشرط الثانى أن يشـرطا لكل واحد منهما جزءًا من الربح مشـاعًا معلومًا كالنصف والثلث والربع).

لأنها أحد أنواع الشركة فاشترط علم نصيب كل واحد منهما من الربح كالمضاربة ويكون الربح بينهما على مـا شرطاه سواء شرطا لكل واحد منهمـا على قدر ماله من الربح أو أقل أو أكثر، لأن العمل يستحق به الربح بدليل المضاربة وقد يتفاضلان فيه لقوة أحدهما وحذقة فجاز أن يجعل له حظًا من الربح كـالمضارب، وبهذا قـال أبو حنيفة، وقال مالك والـشافعى: من شرط صحتها كون الربح والخسران على قدر المالين، لأن الربح فى هذه الشركة بيع للمال فلا يجوز تغييره بالشرط كالوضيعة.

ولنا: أن العمل مما يسـتحق به الربح فجاز أن يتفاضلا فى الربح مع وجـود العمل منهما كالمضاربين لـرجل واحد، وذلك أن أحدهما قد يكون أبصر بالتـجارة من الآخر وأقوى على العمل فجاز أن يشرط له زيادة فى الربح فى مقابلة عمل المضارب، وفارق الوضيعة، فإنها لا تتعلق إلا بالمال بدليل المضاربة.

5- مسألة: (وإن قالا: الربح بيننا فهو بينهما نصفين).

لأن إضافته إليهـما إضافة واحدة من غير ترجيح فاقتـضى التسوية كقوله: هذه الدار بينى وبينك وكذلك فى المضاربة إذا قالا: الربح بيننا.

يستحق به الربح فى الشركة، والآلة والبيت لا يستحق بهما شىء، لأنهما يستعملان فى العمل المشترك، فصارا كالدابتين اللتين أجراهما لحمل الشىء الذى تقبلا حمله، وإن فسدت الشركة قسم ما حصل لهـما على قدر أجر عملهما وأجـر الدار والآلة، وإن كانت لأحدهما آلة وليس للآخر شىء، أو لأحدهمـا بيت وليس للآخر شىء، فاتفقا على أن يعـملا بالآلة أو فى البيت والأجرة بينهما جاز لما ذكرنا.

فصل: وإن دفع رجل دابته إلى أخر ليعمل عليها وما يرزق الله بينهما نصفين أو أثلاثًا أو كيفما شـرطا صح، نص عليه فى رواية الأثرم ومحمد بن أبى حرب وأحمـد بن سعيد، ونقل عن الأوزاعى ما يدل علـى هذا، وكره ذلك الحسن والنخـعى، وقال الشـافعى وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأى: لا يصح والربح كله لرب الدابة، لأن الحمل الذى يستحق به العوض منها، وللعامل أجـر مثله، لأن هذا ليس من أقسام الشركـة إلا أن تكون المضاربة، ولا تصح المضـاربة بالعروض، ولأن المضـاربة تكون بالتجارة فى الأعـيان، وهذه لا يجوز بيعـها ولا إخـراجهـا عن ملك مالكهـا، وقـال القاضى: يتـخرج أن لا يصـح، بناء على أن المضـاربة بالعروض لا تصح، فعلى هذا إن كان أجر الدابة بعينها فالأجر لمالكها، وإن تقبل حمل شىء فحمله عليها أو حمل عليها شيئًا مباحًا فباعه فالأجرة والثمن له، وعليه أجرة مثلها لمالكها.

ولنا: أنها عين تنمى بالعمل عليها فصح العقـد عليها ببعض نمائها، كالدراهم والدنانير، وكالشـجر فى المساقـاة والأرض فى المزارعة، وقـولهم: إنه ليس من أقسام الشـركة ولا هو

6- **مـسـألة: (فإن لم يذكـر الربح لم يصح كالمـضاربة)** لأنه المقصود مـن الشركة فلا يجوز الإخلال به، فعلى هذا يكون الربح بينهما على قدر المالين.

7- **مسألة: (وإن شرطا لأحدهما جزءاً مجهولاً لم يصح)**.

لأن الجهـالة تمنع تسليم الواجب، ولأن الربح هو الـمقصـود فى الشركـة فلم يصح مع الجهالة كالثـمن والأجرة فى الإجارة، وإن قال: لك مثل ما شرط لفـلان وهما يعلمانه صح، وإن جهلاه أو أحدهما لم يصح كالثمن فى البيع.

8- **مـسـألة: (وإن شرطا لأحـدهما فى الشركة والمـضاربة دراهم معلومـة أو ربح أحد الثوبين لم يصح)**.

وجملـته أنه متى جعل نصيب أحد الشركاء دراهم مـعلومة أو جعل مع نصيبه دراهم مثل أن يجعل لنفسه جزءًا وعشرة دراهم بطلت الشركة، قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض إذا جعل أحدهما أو كلاهمـا لنفسه دراهم معلومة، وبه قال مالك وأبو ثور والأوزاعـى والشافعى وأصـحاب الرأى، والجواب فـيمـا إذا قال: لك نصف الربح إلاَّ عشرة دراهم أو نصف الربح وعـشرة دراهم كالجواب فيمـا إذا شرطا دراهم مفردة، وإنما لم يصح لأمرين **أحدهما:** أنه إذا شرط دراهم معلومة احتمل أن لا يربح غيرها فيحصل

مضاربة، قـلنا: نعم لكنه يشبه المسـاقاة والمزارعة فـإنه دفع لعين المال إلى من يعمل عـليها ببعض نمائهـا مع بقاء عينها، وبهـذا يتبين أن تخريجهـا على المضاربة بالعروض فـاسد، فإن المضـاربة إنما تكون بالتـجارة والتصـرف فى رقبة المـال، وهذا بخلافه، وذكـر القاضى فى موضع آخر فيمن اسـتأجر دابة ليعمل عليها بنصف ما يرزقـه الله تعالى أو ثلثه جاز، ولا أرى لهذا وجهًا، فإن الإجارة يشترط لصحـتها العلم بالعوض وتقدير المدة أو العمل، ولم يوجد، ولأن هذا عقد غير منصوص عليه، ولا هو فى معنى المنصوص، فهو كسائر العقود الفاسدة، إلا أن يريد بالإجارة المعاملة على الوجه الذى تقدم، وقد أشار أحمد إلى ما يدل على تشبيهه لمثل هذا بالمزارعة: فقـال: لا بأس بالثوب يدفع بالثلث والربع لحديث جابر أن النبى ﷺ أعطى خيـبر على الشطر[١١]، وهذا يدل على أنه قد صار فى هذا، ومثله إلى الجـواز لشبهه بالمساقاة والمزارعة، لا إلى المضاربة ولا إلى الإجارة، ونقل أبو داود عن أحمد: فيمن يعطى فرسه على النصف من الغـنيمة: أرجو أن لا يكون به بأس، قال إسـحاق بن إبراهيم: قال أبو عبد الله: إذا كان على النصف والربع فهو جائز، وبه قال الأوزاعى، ونقل أحمد بن سعيد عن أحمد فيـمن دفع عبده إلى رجل ليكسب عليه، ويكون له ثلث ذلك أو ربعـه فجائز، والوجه

على جميع الربح، واحتمل أن لا يربحها فيأخذ من رأس المـال، وقد يربح كثيرًا فيستضر من شرطت له الدراهم **الثـانى**: أن حصة العامل ينبغى أن تكون معلومة بالأجزاء لما تعذر كونها معلومة بالقدر، فإذا جهلت الأجزاء فسدت، كمـا لو جهل القدر فيما يشترط أن يكون معلومًا به، ولأن العامل فى المضاربة متى شرط لنفسه دراهم معلومة ربما توانى فى طلب الربح لعدم فائدته منه وحصول نفعه لغيره، بخلاف ما إذا شرط له جزء من الربح.

فـصل: وكذلك الحكم إذا شرط لأحدهما ربح أحـد الثوبين أو ربح إحدى السفرتين أو ربح تجارته فى شهر أو عـام بعينه، لأنه قد يربح فى ذلك المعين دون غيره فيـختص أحدهما بالربح، وهو مخـالف لموضوع الشـركة ولا نعلم فى هذا خلافًـا، وإن دفع إليه ألفًا مـضاربة وقال: لك ربح نصفه لم يجـز، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفـة وأبو ثور: يجوز كما لو قال: لك نصف ربحه، ولأن ربح نصفه هو نصف ربحه، ووجه الأول أنه شرط أحدهما ربح بعض المال دون بعض فلم يجز، كما لو قال: لك ربح هذه الخمسمائة، ولأنه يمكن أن يفرد نصف المال فيربح فيه دون الـنصف الآخر بخلاف نصف الربح فإنه لا يؤدى إلى انفراده بربح شىء من المال.

9- مـسألة: (وكذلك الحكم فى المساقاة والمزارعة) قياسًا على الشركة.

10- مـسألة: (ولا يشترط أن يخلطا المالين ولا أن يكونا من جنس واحد).

لا يشترط اختلاط المالين فى شركة العنان إذا عـيناهما أو أحضراهما، وبه قال أبو حنيفة

---

(١١) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٤٠٨) وإسناده صحيح.

فيه: مـا ذكرناه فى مسألة الدابة، وإن دفع ثوبه إلى خـياط ليفصله قـمصانًا يبيـعها وله نصف ربحها بحق عمله جاز، نص عليـه فى رواية حرب، وإن دفع غزلاً إلى رجل ينسجه ثوبًا بثلث ثمنه أو ربعـه جاز، نص عليه، ولم يجـز مالك وأبو حنيـفة والشافـعى شيـئًا من ذلك، لأنه عوض محمول مجهول وعمل مـجهول، وقد ذكرنا وجه جوازه، وإن جعل له مع ذلك دراهم معلومة لم يجز، نص عليه، وعنه الجـواز، والصحيح الأول، وقال أبو بكر: هذا قول قديم، وما روى غير هذا فعليه المعتمد، قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يقول: لا بأس بالثوب يدفع بالثلث والربع، وسـئل عن الرجل يعطى الثوب بالثـلث ودرهم ودرهمين؟ قـال: أكرهه، لأن هذا شيء لا يعرف، والثلث إذا لم يكن مـعه شيء نراه جائزًا، لحـديث جابر أن النبى ﷺ أعطى خيبر على الشطر، قيل لأبى عبـد الله: فإن كان النساج لا يرضى حتى يزاد على الثلث درهمًا؟ قـال: فليجعـل له ثلثًا وعشـرا ثلث ونصف عشـر وما أشبـهه، وروى الأثرم عن ابن سيرين والنخعى والزهرى وأيوب ويعلى بـن حكيم: أنهم أجازوا ذلك، وقال ابن المنذر: كره هذا كله الحـسن، وقال أبو ثور وأصـحاب الرأى: هذا كله فـاسد، واختـاره ابن المنذر وابن عقيل، وقالوا: لو دفع شبكة إلى الصياد ليصيد بها السمك بينهما نصفين فالصيد كله للصياد،

ومالـك إلا أن مالكًا شـرط أن تكون أيديهمـا عليه بأن يجـعلاه فى حـانوت لهمـا أو فى يد وكيلهـما، وقال الشافـعى: لا يصح حتى يخلطا المالين، لأنهـما إذا لم يخلطاهما فـمال كل واحد منهمـا يتلف منه دون صاحبه ويزيد له دون صاحـبه فلم تنعقد الشركة كـما لو كان من المكيل.

ولنا: أنه عقد يقـصد به الربح فلم يشترط فـيه خلط المال كالمضـاربة، ولأنه عقد على التصرف فلـم يشترط فيه خلط الـمال كالوكالة، ولنا على مـالك فلم يكن من شرطه أن تكون أيديهما عليه كالوكالة، وقولهم: إنه يتلف من مال صاحبه أو يزيد على ملك صاحبه ممنوع بل يتلف من مالهما وزيادته لـهما، لأن الشركة اقتضت ثبوت الملـك لكل واحد منهما فى نصف مال صاحبه فـيكون تلفه منهما وزيادته لهما، وقال أبو حنيفة: مـتى تلف أحد المالين فهو من ضمان صاحبه.

ولنا: أن الوضيـعة والضمـان أحد مـوجبى الشركـة فتعلق بالشـريكين كالربح وكـما لو اختلطا.

فـصل: ولا يشترط لصحتها اتفاق المالين فى الجنس بل يجوز أن يخرج أحدهما دراهم والآخر دنانيـر، نص عليه أحـمد، وبه قال الحـسن وابن سيـرين، وقال الشـافعى: لا تصح الشركـة إلاَّ أن يتفقـا فى مال واحد بـناء على أن خلط المالين شرط ولا يـمكن إلاَّ فى المال الواحد، ونحن لا نشترط ذلك.

ولنا أنهمـا من جنس الأثمان فصـحت الشركة فـيهمـا كالجنس الواحد، فـعلى هذا متى

ولصاحب الشبكة أجر مثلها، وقياس ما نقل عن أحمد صحة الشركة، وما رزق بينهما على ما شرطاه، لأنها عين تنمى بالعمل فيها، فصح دفعها ببعض نمائها كالأرض.

فصل: قال ابن عقيل: نهى رسول الله ﷺ عن قفيز الطحان[١٢]، وهو أن يعطى الطحان أقفزة معلومة يطحنها بقفيز دقيق منها، وعلة المنع أنه جعل له بعض معموله أجرًا لعمله فيصير الطحن مستحقًا له عليه، وهذا الحديث لا نعرفه، ولا يثبت عندنا صحته، وقياس قول أحمد جوازه لما ذكرناه عنه من المسائل.

فصل: فإن كان لرجل دابة ولآخر أكاف وجوالقات فاشتركا على أن يؤجراهما والأجرة بينهما نصفان فهو فاسد، لأن هذه أعيان لا يصح الاشتراك فيها كذلك فى منافعها، إذ تقديره: أجر دابتك لتكون أجرتها بيننا وأؤجر جوالقاتي لتكون أجرتها بيننا، وتكون الأجرة كلها لصاحب البهيمة لأنه مالك الأصل وللآخر أجر مثله على صاحب البهيمة لأنه استوفى منافع ملكه بعقد، هذا إذا أجر الدابة بما عليها من الأكاف والجوالقات فى عقد واحد، فأما لو أجر كل واحد منهما ملكه منفردًا فلكل واحد منهما أجر ملكه، وهكذا لو قال رجل لصاحبه: أجر عبدى والأجر بيننا كان الأجر لصاحبه وللآخر أجر مثله وكذلك فى جميع الأعيان.

فصل: فإن اشترك ثلاثة من أحدهم دابة ومن آخر راوية ومن الآخر العمل على أن ما رزق الله تعالى فهو بينهم صح فى قياس قول أحمد، فإنه قد نص فى الدابة يدفعها إلى آخر يعمل عليها على أن لهما الأجرة على الصحة، وهذا مثله، لأنه دفع دابته إلى آخر يعمل عليها والراوية عين تنمى بالعمل عليها فهى كالبهيمة فعلى هذا يكون ما رزق الله بينهم على ما اتفقوا عليه، وهذا قول الشافعى، ولأنهما وكلاء العامل فى كسب مباح بآلة دفعاها إليه، فأشبه ما لو دفع إليه أرضه ليزرعها وهكذا لو اشترك أربعة من أحدهم دكان ومن آخر رحى، ومن آخر بغل، ومن أخر العمل على أن يطحنوا بذلك، فما رزق الله تعالى فهو بينهم صح، وكان بينهم على ما شرطوه، وقال القاضى: العقد فاسد فى المسألتين جميعًا، وهو ظاهر قول الشافعى، لأن هذا لا يجوز أن يكون مشاركة ولا مضاربة، لكونهما لا يجوز أن يكون رأس مالهما

تفاضلا رجع هذا بدنانيره وهذا بدراهمه ثم اقتسما الفضل، نص عليه أحمد وقال: كذا يقول محمد والحسن، وقال القاضى: متى أراد المفاضلة قوما المبتاع بنقد البلد وقوما مال الآخر به ويكون التقويم حين صرفا الثمن فيه.

ولنا: أن هذا شركة صحيحة رأس المال فيها الأثمان فيكون الرجوع بجنس رأس المال كما لو كان الجنس واحدًا.

فصل: ولا يشترط تساوى المالين فى القدر، وهو قول الحسن والشعبى والنخعى والشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى، وقال بعض أصحاب الشافعى: يشترط ذلك، لأن

---

(١٢) تقدم تخريجه برقم (٤٠) المسألة رقم (٧٢٨).

العروض ولأن من شـروطهما عود رأس المـال سليمًا، بمعنى أنه لا يسـتحق شيء من الربح حتى يسـتوفى رأس المال بكماله، والراوية هـهـنا تخلق وتنقص، ولا إجارة، لأنها تفتـقر إلى مدة معلومة وأجر معلوم، فتكون فاسدة فعلى هذا يكون الأجر كله فى المسألة الأولى للسقاء، لأنه لما غرف المـاء فى الإناء ملكه، فإذا باعه فثـمنه له، لأنه عوض ملكه، وعليه لصاحـبيه أجر المثل لأنه استعـمل ملكهما بعوض لم يسلم لهما فكان لهما أجـر المثل كسائر الإجارات الفـاسدة، وأما فـى المسـألة الثانيـة: فإنهم إذا طحنوا لرجل طعـامًا بأجـرة نظرت فى عـقد الإجارة، فإن كان من واحد منهم ولم يذكر أصحـابه ولا نواهم فالأجر كله له وعليه لأصحابه أجر المثل، وإن نوى أصحابه أو ذكرهم كان كما لو عقد مع كل واحد منهم منفردًا أو استأجر من جمـيعهم، فقـال: استأجرتكم لـتطحنوا لى هذا الطعام بكذا فالأجـر بينهم أرباعًا لأن كل واحد منهم قـد لزمه طحن ربعـه بربع الأجر ويرجع كل واحـد منهم على أصحـابه بربع أجر مثله، وإن قال: استأجرت هذا الـدكان والبغل والرحى، وهذا الرجل بكذا ، وكذا لطحن كذا وكذا من الطعام صح، والأجر بينهم على قدر أجر مثلهم لكـل واحد من المسمى بقدر حصته فى أحد الوجهين، وفى الآخر: يكون بينهم أرباعًا، بناء على ما إذا تزوج أربعًا بمهر واحد أو كاتب أربعة أعبد بعوض واحد، هل يكون العوض أرباعًا أو على قدر قيمتهم على وجهين.

٨٢٨- **مـسـألة:** قال: **(وإن اشترك بدنان بمال أحدهما، أو بدنان بمال غيرهما، أو بدن ومال، أو مالان وبدن صاحب أحـدهما، أو بدنان بماليهما تسـاوى المال أو اختلف فكل ذلك جائز)**.

صاحب المال القليل إن أخـذ نصف الربح أخذ ما لا يملكه، وإن أخذ بقدر مـاله أخذ شريكه بعض الربح الحاصل بعمله لاستوائهما فى العمل.

ولنا: أنهما مالان من جنس الأثمان فجاز عقل الشركة عليهما كما لو تساويا.

11- **مـسألة: (وما يشتريه كل واحد منهما بعد عقد الشركة فهو بينهما)**.

شركة العنان مبنية على الوكالة والأمانة، لأن كل واحد منهما يدفع المال إلى صاحبه أمنه وبإذنه له فى التـصرف وكله، ومـن شرط صـحتـها أن يأذن كل واحـد منهـما لصـاحبـه فى التصرف، فعلى هذا ما يشـتريه كل واحد منهما بعد عقد الشركة فهـو بينهما، لأن العقد وقع على ذلك، فأما ما يشتريه لنفسه فهو له والقول قوله فى ذلك، لأنه أعلم بنيته.

12- **مـسـألة: (وإن تلف أحد المالين فـهو من ضمانهمـا إذا خلطا المال وإن لم يخلط فكذلك)**.

لأن العقد اقـتضى أن يكون المالان كالمـال الواحد فكذلك فى الضمان كـحال الخلطة، وقال أبو حنيـفة: متـى تلف أحد المالين فـهو من ضمـان صاحبـه، وقد ذكـرنا ما يدل على خلافه.

ذكر أصحابنا الشركة الجائزة أربعًا، وقد ذكرنا نوعًا منها، وهو شركة الأبدان، وبقى ثلاثة أنواع ذكرها الخرقى فى خمسة أقسام ثلاثة منها المضاربة: وهى إذا اشترك بدنان بمال أحدهما أو بدن ومال، أو مالان وبدن صاحب أحدهما، وقسم منها شركة الوجوه: وهو إذا اشترك بدنان بمال غيرهما، فقال القاضى: معنى هذا القسم أن يدفع واحد ماله إلى اثنين مضاربة، فيكون المضاربان شريكين فى الربح بمال غيرهما، لأنهما إذا أخذ المال بجاههما فلا يكونان مشتركين بمال غيرهما، وهذا محتمل، والذى قلنا له وجه، لكونهما اشتركا فيما يأخذان من مال غيرهما، واخترنا هذا التفسير، لأن كلام الخرقى بهذا التقدير يكون جامعا لأنواع الشركة الصحيحة وعلى تفسير القاضى يكون مخلاً بنوع منها وهى شركة الوجوه، ويكون هذا المذكور نوعًا من المضاربة، ولأن الخرقى ذكر الشركة بين اثنين، وهو صحيح على تفسيرنا، وعلى تفسير القاضى: تكون الشركة بين ثلاثة وهو خلاف ظاهر قول الخرقى، **والقسم الخامس:** إذا اشترك بدنان بماليهما، وهذه شركة العنان، وهى شركة متفق عليها، فأما شركة الوجوه: فهو أن يشترك اثنان فيما يشتريان بجاههما وثقة التجار بهما من غير أن يكون لهما رأس مال، على أن ما اشتريا بينهما نصفين أو أثلاثًا أو أرباعًا أو نحو ذلك، ويبيعان ذلك فما قسم الله تعالى فهو بينهما، فهى جائزة، سواء عين أحدهما لصاحبه ما يشتريه أو قدره أو وقته، أو ذكر صنف المال، أو لم يعين شيئًا من ذلك، بل قال: ما اشتريت من شىء فهو بيننا، وقال أحمد فى رواية ابن منصور: فى رجلين اشتركا بغير رءوس أموالهما على أن ما يشتريه كل واحد منهما بينهما، فهو جائز، وبهذا قال الثورى ومحمد بن الحسين وابن المنذر، وقال أبو حنيفة: لا يصح حتى يذكر الوقت أو المال، أو صنفًا من الثياب، وقال مالك والشافعى: يشترط ذكر شرائط الوكالة لأن شرائط الوكالة معتبرة فى ذلك من تعين الجنس وغيره من شرائط الوكالة.

13- **مسألة:** (والوضيعة على قدر المال).

الوضيعة: هى الخسران فى الشركة على كل واحد منهما بقدر ماله، فإن كان متساويًا فى القدر فالخسران بينهما نصفين، وإن كان أثلاثًا، فالوضيعة أثلاثًا، قال شيخنا: لا نعلم فى ذلك خلافًا، وبه يقول أبو حنيفة والشافعى وغيرهما، وفى شركة الوجوه تكون الوضيعة على قدر ملكيهما فى المشترى سواء كان الربح بينهما كذلك أو لم يكن، وسواء كانت الوضيعة لتلف أو نقصان فى الثمن عما اشتريا به أو غير ذلك، والوضيعة فى المضاربة على المال خاصة لا شىء على العامل منها، لأن الوضيعة عبارة عن نقصان رأس المال وهو مختص بملك ربه لا شىء فيه للعامل فيكون نقصه من ماله دون غيره، وإنما يشتركان فيما يحصل من النماء فأشبه المساقاة والمزارعة، فإن رب الأرض والشجر يشارك العامل فيما يحدث من الزرع والثمر، وإن تلف الشجر أو هلك شىء من الأرض بغرق أو غيره لم يكن على العامل شىء.

ولنا: أنهما اشتركـا فى الابتياع، وأذن كل واحد منهما للآخر فيه فصح وكـان ما يتبايعانه بينهما، كما لو ذكر شرائط الوكالة، وقولهم: إن الوكالة لا تصح حتى يذكر قدر الثمن والنوع ممنوع على رواية لنا، وإن سلمنا ذلك، فإنما يعتبر فى الوكالة المفردة، أما الوكالة الداخلة فى ضمن الشركة فلا يعتبر فيها ذلـك بدليل المضاربة وشركة العنان، فإن فى ضمنها توكيلاً، ولا يعتبر فيـها شىء من هذا كذا ههنا، فعلى هذا إذا قال لرجل: ما اشتـريت اليوم من شىء فهو بينى وبينك نصفان، أو أطلق الوقت، فقال: نعم، أو قـال: ما اشتريت أنا من شىء فهو بينى وبينك نصـفان جاز وكـانت شركـة صحيـحة، لأنه أذن له فى التـجارة على أن يكون المـبيع بينهما، وهذا معنى الشركة، ويكون توكيلاً له فى شـراء نصف المتاع بنصف الثمن، فيستحق الربح فى مقابلة ملكه الحاصل فى المبيع، سواء خص ذلك بنوع من المتاع أو أطلق، وكذلك إذا قالا: ما اشتـريناه أو ما اشتراه أحدنا من تجارة فهـو بيننا، فهو شركة صحـيحة، وهما فى تصرفاتهما وما يجب لهما وعليهما وفى إقرارهما وخصومتهما وغير ذلك بمنزلة شريكى العنان على ما سنذكـره إن شاء الله تعالى، وأيهمـا عزل صاحـبه عن التصرف انعـزل، لأنه وكيله، وسميت هذه شركة الوجوه، لأنهـما يشتركان فيما يشتريان بجـاههما، والجاه والوجه واحد، يقال: فلان وجيه، إذا كان ذا جـاه، قال الله تعالى فى موسى عليه السلام: ﴿وَكَانَ عِندَ اللَّهِ وَجِيهًا﴾ (الأحزاب: ٦٩) وفى بعض الآثار: أن موسى عليه السلام قال: يا رب إن كان قد خلق جاهى عندك فأسألك بـحق النبى الأمى الذى تبعثه فى آخر الزمان فـأوحى الله تعالى إليه: ما خلق جاهك عندى وإنك عندى لوجيه(*).

فـصل: قال الشيـخ رحمه الله: (**ويجوز لكل واحد منهما أن يبـيع ويشترى ويقبض ويقبض ويطالب بالدين ويخـاصم فـيه ويـحيل ويحتـال ويرد بالعـيب ويقر به ويفـعل كل مـا هو من مصلحـة تجارتهـما**) يجوز لكل واحد من الشريكين أن يبيع ويشتـرى مساومة ومرابحة وتولية ومواضعة كيف رأى المصلحة، لأن هذه عادة التجار، وله أن يـقبض المبيع والثمن ويقبضهما ويخاصم فى الدين ويطالب به، ويحيل ويحتال ويرد بالعيب فيما وليه أو وليه صاحبه، وله أن يقر به كما يقبل إقرار الوكيل بالعيب على موكله، نص عليه أحمد، وكذلك، إن أقر بالثمن أو بعضه أو أجرة المنادى أو الحمال، لأن هذا من توابع التجـارة فهو كتسليم المبيع وأداء ثمنه، ويفعل كل ما هو من مصلحة التجارة بمطلق الشركة، لأن مبناها على الوكالة والأمانة على ما ذكرنا، فـيتصرف كل واحـد منهما فى المالين بحكـم الملك فى نصيبه، والوكـالة فى نصيب شريكه، فى الإقالة وجـهان أصحهما أنه لا يملكهـا لأنها إن كانت بيعًا فقـد أذن له فيه، وإن كانت فسخًا فـفسخ البيع المضر من مصلحة التجارة فملـكه كالرد بالعيب والآخر لا يملكها، لأنها فـسخ فلا يدخل فى الإذن فى التـجارة، وله أن يستأجر من مـال الشركـة ويؤجر، لأن

(*) لم نجده فى المصادر التى بين أيدينا.

فصل: القسم الثانى: أن يشترك بدنان بماليهما، وهذا النوع الثالث من أنواع الشركة وهى شركـة العنان، ومعناها: أن يشترك رجـلان بماليهـما على أن يعملا فـيهما بأبدانهـما والربح بينهما، وهى جائزة بالإجماع ذكـره ابن المنذر، وإنما اختلف فى بعض شروطها واختلف فى علة تسميتها شركة العنان فقيل: سميت بذلك، لأنهما يتساويان فى المال والتصرف كالفارسين إذا ساويا بين فرسيهما وتساويا فى السير، فإن عنانيهما يكونان سواء، وقال الفراء: هى مشتقة من عن الشىء إذا عرض، يقال: عنت لى حاجة إذا عرضت، فسميت الشركة بذلك، لأن كل واحد منهما عن له أن يشارك صاحبه، وقيل: هى مشـتقة من المعاننة، وهى المعارضة يقال: عاننت فلانًا إذا عـارضته بمثل مـاله وأفعاله فكل واحد من الشـريكين معارض لصاحـبه بماله وأفعاله وهذا يرجع إلى قول الفراء.

فـصـل: ولا خلاف فى أنه يجوز جعل رأس المال الدراهم والدنانيـر، فإنها قيم الأموال وأثمان البـياعات، والناس يشتـركون بها من لدن النبى ﷺ إلى زمـننا من غير نكير، فـأما العروض فـلا تجوز الشـركة فيـها فى ظاهر المـذهب، نص عليه أحمـد فى رواية أبى طالب وحرب، وحكاه عن ابن المنذر، وكره ذلك ابن سيرين ويحيى بن أبى كثير والثورى والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحـاب الرأى، لأن الشركة إما أن تقع على أعيان العروض أو قيـمتها له أو أثمانها لا يجوز وقوعها على أعيانهـا لأن الشركة تقتضى الرجوع عند المفاصلة برأس المال أو بمثله، وهذه لا مثل لها فيـرجع إليه، وقد تزيد قيمة جنس أحدهما دون الآخـر فيستوعب بذلك جميع الربح أو جمـيع المال، وقد تنقص قيمته، فيـؤدى إلى أن يشاركه الآخر فى ثمن ملكه الذى ليس بربح، ولا على قيمتهـا لأن القيمة غير متحققة القـدر فيفضى إلى التنازع وقد يقوم الشىء بأكثـر من قيمته، ولأن القـيمة قد تزيد فى أحدهمـا قبل بيعه فيشـاركه الآخر فى

المنافع أجريت مجرى الأعيان فصار كالشـراء والبيع، وله المطالبة بالأجر لهما وعليهما، لأن حقوق العقد لا تختص العاقد.

فـصـل: فإن ردت السلعة عليه بعـيب فله أن يقبلها وأن يعطى أرش العيب أو يحط من ثمنه أو يؤخر ثمنه لأجل العيب، لأن ذلك قد يكون أحظ من الرد.

14- مـسـألة: (وليس له أن يكاتب الرقيق ولا يزوجه ولا يعتـقه على مال ولا غيره، لأن الشركة انعقدت على التـجارة وليست هذه الأشياء تجارة سيما تزويج العـبد فإنه محض ضرر ولا يهب ولا يقرض ولا يحابى، لأن ذلك ليس بتجارة) .

15- مسألة: (ولا يضارب بالمال ولا يأخذ به سفتجة ولا يعطيها إلا بإذن شريكه) .

ليس له أن يشارك بـمال الشركـة ولا يدفعه مـضاربة، لأن ذلك يثبـت فى المال حقـوقًا ويستحق ربحه لغيره وليس له أن يخلط مال الشركـة بماله ولا مال غيره، لأنه يتضمن إيجاب حقوق فـى المال وليس هو من التجارة المـأذون فيها، وليس له أن يأخـذ بالمال سفـتجة ولا

العين المملوكة له، ولا يجوز وقـوعها على أثمانها، لأنها معدومـة حال العقد ولا يملكانها، ولأنه إن أراد ثمنها الذى اشـتراها به فقـد خرج عن مكانه وصار للبـائع، وإن أراد ثمنها الذى يبيعها به فـإنها تصير شركة معلقة على شرط وهو بيع الأعـيان، ولا يجوز ذلك، وعن أحمد رواية أخرى: أن الشركة والمضـاربة تجوز بالعروض وتجعل قيمتهـا وقت العقد رأس المال، قال أحمد: إذا اشتركا فى العروض يقسم الربح على ما اشترطا، وقال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسئل عن المضاربة بالمـتاع؟ قال: جائز فظاهر هذا صحة الشركـة بها، اختار هذا أبو بكر وأبو الخطاب وهو قول مـالك وابن أبى ليلى وبه قال فى المضاربة طـاوس والأوزاعى وحماد بن أبى سليمان، لأن مقـصود الشركة جواز تصرفـهما فى المالين جميعـاً، وكون ربح المالين بينهما، وهذا يحصل فى العروض كحصوله فى الأثمان فيجب أن تصح الشركة والمضاربة بها كالأثمان، ويرجع كل واحد منهما عند المفاصلة بقيـمة ماله عند العقد، كما أننا جعلنا نصاب زكاتها قيمتها، وقال الشافعى: إن كانت العروض من ذوات الأمثال كالحبوب والأدهان جازت الشركة بها فى أحـد الوجهين، لأنها من ذوات الأمثال: أشبهت العـقود ويرجع عند المفاصلة بمثلها، وإن لم تكن من ذوات الأمثال لم يجز وجهًا واحدًا، لأنه لا يمكن الرجوع بمثلها.

ولنا: أنه نوع شركة فاستوى فيها ما له مثل العروض وما لا مثل له كالمضاربة، وقد سلم أن المضاربة لا تجوز بشىء من العروض، ولأنها ليـست بنقد فلم تصح الشركة بها كالذى لا مثل له.

فـصل: والحكم فى النقرة(١٣) كالحكم فى العروض، لأن قيـمتها تزيد وتنقص، وهى كالعروض، وكذلك الحكم فى المغشوش من الأثمـان قل الغش أو كثر، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: إن كان الغش أقل من النصف جاز، وإن كـثر لم يجز، لأن الاعتبار بالغالب فى كثير من الأصول.

ولنا: أنها مغشـوشة، فأشبه ما لو كـان الغش أكثر، ولأن قيمتهـا تزيد وتنقص، أشبهت العروض، وقـولهم: الاعتبـار بالغالب، ليس بصـحيح، فإن الفـضة إذا كانـت أقل لم يسقط حكمها فى الزكاة، وكذلك الذهب، اللهم إلا أن يكون الغش قليلاً جـدًا لمصلحة النقد كيسير الفضة فى الديـنار، مثل الحبة ونحوها، فـلا اعتبار به لأنه لا يمكن التـحرز منه ولا يؤثر فى الربا ولا فى غيره.

يعطيها، لأن فيــه خطرًا، فإن أذن شريكه فى ذلك جاز، لأنه يصير من التجارة الـمأذون فيها، ومعنى قوله يأخذ به سفتجة أنه يدفع إلى إنسان شـيئًا من مال الشركة ويأخذ منه كتابًا إلى بلد آخر ليستوفى منه ذلك المال، ومعنى قوله يعطيها أنه يأخذ من إنسان بضاعة ويعطيه بثمن ذلك كتابًا إلى بلد آخر ليستوفى ذلك منه فلا يجوز، لأن فيه خطرًا على المال.

---

(١٣) النقرة: القطعة المذابة من الذهب والفضة.

فـصل: ولا تصح الشركة بالفلوس، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى وابن القاسم صاحب مالك ويتخرج الجـواز إذا كانت نافقة، فإن أحمد قـال: لا أرى السلم فى الفلوس، لأنه يشبه الصرف، وهذا قـول محمد بن الحـسن وأبى ثور لأنها ثمن، فجـازت الشركة بهـا كالدراهم والدنانير، ويحتمل جواز الشركة بها على كل حـال، نافقة كانت أو غير نافقة، بناء على جواز الشركـة بالعروض، ووجه الأول: أنها تـنفق مرة وتكسد أخرى، فـأشبهت العـروض فإذا قلنا بصحة الشركة فيها فإنها إن كانت نافقة كـان رأس المال مثلها، وإن كانت كاسدة كانت قيمتها كالعروض.

فـصل: ولا يجوز أن يكون رأس مال الشركة مجهولاً ولا جزافًا، لأنه لا بد من الرجوع به عند المفـاصلة، ولا يمكن مع الجهل والجزاف، ولا يجوز بمـال غائب ولا دين، لأنه لا يمكن التصرف فيه فى الحال وهو مقصود الشركة.

فصل: ولا يشترط لصحتها اتفاق المالين فى الجنس، بل يجوز أن يخرج أحدهما دراهم والآخر دنانيـر، نص عليه أحـمد، وبه قال الحـسن وابن سيـرين، وقال الشـافعى: لا تصح الشركة إلا أن يتفقا فى مـال واحد، بناء على أن خلط المالين شرط، ولا يمكن إلا فى المال الواحد، ونحن لا نشتـرط ذلك، ولأنهما من جنس الأثمان فصـحت الشركة فيهـما كالجنس الواحد، ومتى تفاصلا يرجع هذا بدنانيره وهذا بدراهمه ثم اقـتسما الفضل، نص عليه أحمد، فقال: يرجع هذا بدنانيره وهذا بدراهمه، وقال: كذا يقول محمد والحسن، وقال القاضى: إذا أرادا المفاصلة قوما المتاع بنقد البلد وقوما مال الآخر به ويكون التقويم حين صرفا الثمن فيه.

ولنا: أن هذه شركة صحيحة رأس المال فيها الأثمان: فيكون الرجوع بجنس رأس المال، كما لو كان الجنس واحدًا.

فــــصل: ولا يشتـرط تساوى المالين فى القدر، وبـه قال الحسن والشعـبى والنخعى والشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى، وقال بعض أصحاب الشافعى: يشترط ذلك.

ولنا: أنهما مالان من جنس الأثمان، فجاز عقد الشركة عليهما كما لو تساويا.

فــــصل: ولا يشترط اخـتلاط المالين إذا عيناهمـا وأحضراهما، وبهذا قـال أبو حنيفة ومالك، إلا أن مـالكًا شرط أن تكون أيديهـما عليـه بأن يجعـلاه فى حانوت لهـما أو فى يد وكيلهـما، وقال الشافـعى: لا يصح حتى يخلطا المالين، لأنهـما إذا لم يخلطاهما فـمال كل واحد منهما يتلف منه دون صاحبه، أو يزيد له دون صاحبه فلم تنعقد الشركة، كما لو كان من المكيل.

ولنا: أنه عقد يقـصد به الربح فلم يشترط فـيه خلط المال كالمضـاربة، ولأنه عقد على التصـرف فلم يكن من شـرطه الخلط كالوكـالة، وعلى مالك فلم يكن لمن شـرطه أن تكون أيديهما عليه كالوكالة، وقولهم: إنه يتلف من مـال صاحبه أو يزيد على ملك صاحبه ممنوع، بل ما يتلف من مالهمـا وزيادته لهما، لأن الشركة اقتضت ثبـوت الملك لكل واحد منهما فى

نصف مال صاحبه، فـيكون تلفه منهما وزيادته لهما، وقال أبو حنيفـة: متى تلف أحد المالين فهو من ضمان صاحبه.

ولنا: أن الوضعـية والضمـان أحد مـوجبى الشركـة فتعلق بالشـريكين كالربح وكـما لو اختلطا.

فـصل: ومتى وقعت الشركة فـاسدة، فإنهما يقتسمان الـربح على قدر رأس أموالهما، ويرجع كل واحـد منهما علـى الآخر بأجر علمـه، نص عليه أحـمد فى المـضاربة واخـتاره القاضى، وهو مـذهب أبى حنيفة والشافـعى، لأن المسمى يسقط فى العـقد الفاسد، كـالبيع الفاسـد إذا تلف المبـيع فى يد المشتـرى، إلا أن يكون مال كل واحـد منهما مـميـزًا وربحه معلومًا، فيكون له ربح ماله، ولو ربح فى جزء منه ربحًا متمـيزًا وباقيه مختلط كان له ما تميز من ربح ماله وله بحصته باقى ما له من الربح، واختار الشريف أبو جعفر أنهما يقتسمان الربح على ما شرطاه، ولا يسـتحق أحدهما على الآخر أجـر عمله، وأجراها مجرى الصحـيحة فى جميع أحكامهـا، قال: لأن أحمد قال: إذا اشتركا فى العروض قـسم الربح على ما اشترطاه، واحتج بأنه عقد يصح مع الجهالة، فيثـبت المسمى فى فاسده كالنكاح، والمذهب الأول قاله القاضى، وكلام أحـمد محمـول على الرواية الأخرى فى تصحيح المـضاربة بالعروض، لأن الأصل كون ربح مال كل واحد لمالكه، لأنه نماؤه، وإنما ترك ذلك بالعقد الصحيح، فإذا لم يكن العقد صحيحًا بقى الحكم على مقتضى الأصلِ، كما أن البيع إذا كان فاسدًا لم ينقل ملك كل واحد من المتبايعين عن ماله.

فـصل: وشركة العنان مبنية على الوكالـة والأمانة، لأن كل واحد منهما يدفع المال إلى صاحـبه أمنه، وبإذنه له فى التـصرف وكله، ومن شرط صـحتهـا: أن يأذن كل واحد منهـما لصاحبه فى التصرف، فإن أذن له مطلقا فى جميع التجارات تصرف فيها، وإن عين له جنسًا أو نوعًا أو بلدًا تصـرف فيه دون غـيره، لأنه تصرف بالإذن فـوقف عليه كالوكـيل، ويجوز لكل واحد منهما أن يبيع ويشترى مساومة ومرابحة وتولية ومواضعة وكيف رأى المصلحة، لأن هذا عادة التجـار، وله أن يقبض المبيع والثمن ويقـبضهما ويخـاصم فى الدين ويطالب به ويحيل ويحتال ويرد بالعـيب فيما وليه هو وفيمـا ولى صاحبه، وله أن يستأجـر من رأس مال الشركة ويؤجر، لأن المنافع أجـريب مجرى الأعـيان فصـار كالشراء والبـيع، والمطالبة بالأجر لهـما وعليهما، لأن حقوق العقد لا تختص العاقد.

فـصل: وليس له أن يكاتب الرقيق ولا يعتق على مال ولا غيره، ولا يزوج الرقيق، لأن الشركة تنعقد على التجارة، وليست هذه الأنواع تجـارة سيما تزويج العبد، فإنه محض ضرر، وليس له أن يقرض ولا يحـابى، لأنه تبرع وليس له التبرع أن يشـارك بمال الشركة ولا يـدفعه مضاربة، لأن ذلك يثبت فى المال حقوقًـا ويستحق ربحه لغيره، وليس ذلك له، وليس له أن يخلط مال الشركـة بماله ولا مال غيـره لأنه يتضمن إيجاب حقـوق فى المال، وليس هو من

التجارة المأذون فيها، ولا يأخذ بالمال سفتجة ولا يعطى به سفتجة[١٤] ، لأن فى ذلك خطرًا لم يؤذن فيـه، وليس له أن يستدين على مـال الشركة، فـإن فعل فذلك له، وله ربحـه وعليه وضيعـته، قال أحمد فى رواية صـالح فيمن استدان فى الـمال بوجهه ألفًا: فـهو له وربحه له والوضيعة عليه، وقال القاضى: إذا استقرض شيـئًا لزمهما وربحه لهما، لأنه تمليك مال بمال فهو كـالصراف، ونص أحمد يخالف هذا، ولأنه أدخـل فى الشركة أكثر مـما رضى الشريك بالمشاركة فيه فلم يجز، كما لو ضم إليها ألفًا من ماله، ويفارق الصرف، لأنه بيع وإبدال عين بعين، فهو كـبيع الثياب والدراهم، وليس له أن يقر على مال الشركة، فـإن فعل لزم فى حقه دون صاحبه، سـواء أقر بعين أو دين، لأن شريكه إنما أذن فى التـجارة، وليس الإقرار داخلاً فيها، وإن أقر بعيب فى عين باعها قـبل إقراره، وكذلك يقبل إقرار الوكيل على موكله بالعيب نص عليه أحـمد، وكذلك إن أقر ببـقية ثمن المـبيع أو بجميـعه أو بأجر للمنادى أو الحـمال وأشبـاه هذا ينبغى أن يقبـل، لأنه هذا من توابع التجارة، فكان له ذلـك كتسليم المـبيع وأداء ثمنه، وإن ردت السلعـة عليه بعـيب فله أن يقـبلها، وله أن يعطى أرش العـيب، أو يحط من ثمنه، أو يؤخر ثمنه لأجل العيب، لأن ذلك قد يكون أحذ من الرد، وإن حط من الثمن ابتداء أو أسقط دينًا لهما عن غـريمهما لزم فى حقه وبطل فى حق شريكه، لأنه تبـرع والتبرع يجوز فى حق نفسه دون شريكه، وإن كان لهما دين حال فـأخر أحدهما حصته من الدين جاز، وبه قال أبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: لا يجوز.

ولنا: أنه أسقط حقه من المطالبة فصح أن ينفرد أحدهما به كالإبراء.

فـصل: وهل لأحدهما أن يبيع نساء؟ يخرج على روايتين بناء على الوكيل والمضارب، وسنذكر ذلك، وإن اشـترى نساء بنقد عنده مثـله أو نفذ من غير جنسه، أو اشـترى بشىء من ذوات الأمثال وعنده مـثله جاز، لأنه إذا اشترى بجنـس ما عنده فهو يؤدى ممـا فى يديه، فلا يفضى إلى الزيادة فى الشركة، وإن لم يكن فى يده نقد ولا مـثلى جنس ما اشترى به، أو كان

16- مـسـألة: (وهل له أن يودع أو يبيع نساء أو يبضع أو يوكل فيـما يتولى مثله بنفسه أو يرهن أو يرتهن؟ على وجهين).

اختلفت الرواية فى الإيداع والإبضاع على روايتين: **إحداهما:** له ذلك، لأنه عادة التجار وقد تدعو الحاجة إلى الإيداع، **والثانية:** لا يجوز لأنه ليس من الشركة وفيه غرر، والصحيح أن الإيداع يجوز عند الحاجة إليه، لأنه من ضرورة الشركة أشبه دفع المتاع إلى الحمال، وهل له أن يبيع نَسَاءً؟ يخرج على الروايتـين فى الوكيل والمضارب **إحداهـما:** له ذلك، لأنه عادة التجار والربح فـيه أكثر، **والأخـرى:** لا يجوز، لأن فيه تغريرًا بالمال، فـإن اشترى شيئًا بنقد عنده مثله أو نقد من غير جنسه، أو اشـترى من ذوات الأمال وعنده مثله جاز، لأنه إذا اشترى

---

(١٤) سفتجة: أن يعطى مالاً لآخر مال فى بلد المعطى فيوفيه إياه هناك فيستفيد أحد الطرفين.

عنده فاستدان عرضًا فالشراء له خاصة، وربحه له وضمانه عليه، لأنه استدانه على مال الشركة، وليس له ذلك على ما أسلفناه، والأولى: أنه متى كان عنده من مال الشركة ما يمكنه من أداء الثمن منه ببيعه أنه يجوز لأنه أمكنه أداء الثمن من مال الشركة فأشبه ما لو كان عنده نقد، ولأن هذا عادة التجار ولا يمكن التحرز منه، وهل له أن يُبضع أو يودع؟ على روايتين:

بجنس ما اشترى به أو كان عنده عرض فاستدان عرضًا الشراء له خاصة وربحه له وضمانه عليه، لأنه استدانه على مال الشركة وليس له ذلك لنا نذكره، قال شيخنا: والأولى أنه متى كان عنده من مال الشركة ما يمكنه أداء الثمن منه ببيعه أنه يجوز، لأنه أمكنه أداء الثمن من مال الشركة، أشبه ما لو كان عنده نقد، ولأن هذا عادة التجار ولا يمكن التحرز عنه، وهل له أن يوكل فيما يتولى مثله بنفسه؟ على وجهين بناء على الوكيل، وقيل: يجوز للشريك التوكيل بخلاف الوكيل، لأنه لو جاز للوكيل التوكيل لاستفاد بحكم العقد مثل العقد، والشريك يستفيد بعقد الشركة ما هو أخص منه ودونه، لأن التوكيل أخص من عقد الشركة، فإن وكل أحدهما ملك الآخر عزله، لأن لكل واحد منهما التصرف فى حق صاحبه بالتوكيل فكذلك بالعزل، وهل لأحدهما أن يرهن أو يرتهن بالدين الذى لهما؟ على وجهين أصحهما أن له ذلك عند الحاجة، لأن الرهن يراد للإيفاء، والارتهان يراد للاستيفاء وهو يملك الإيفاء والاستيفاء لملك ما يراد لهما، **والثانى**: ليس له ذلك، لأن فيه خطرًا، ولا فرق بين أن يكون ممن ولى العقد أو من غيره لكون القبض من حقوق العقد وحقوق العقد لا تختص العاقد فكذلك ما يراد له، وهل له السفر؟ فيه وجهان نذكرهما فى المضاربة.

فصل: فإن قال له اعمل برأيك جاز له أن يعمل كل ما نفع فى التجارة من الإبضاع والمضاربة بالمال والمشاركة به وخلطه بماله والسفر به والإيداع والبيع نَسَاء والرهن والارتهان والإقالة ونحو ذلك، لأنه فوض إليه الرأى فى التصرف الذى تقتضيه الشركة فجاز له كل ما هو من التجارة، فأما التمليك بغير عوض كالهبة والحطيطة لغير فائدة والقرض والعتق ومكاتبة الرقيق وتزويجهم ونحوه فليس له فعله، لأنه إنما فوض إليه العمل برأيه فى التجارة وليس هذا منها.

17- مسألة: (وليس له أن يستدين على مال الشركة فإن فعل فهو عليه وربحه له، إلا أن يأذن شريكه).

إذا استدان على مال الشركة لم يجز له ذلك، فإن فعل فهو له، له ربحه وعليه وضيعته، قال أحمد فى رواية صالح: من استدان فى المال بوجهه ألفًا فهو له، ربحه له والوضيعة عليه، وقال القاضى: إذا استقرض شيئًا لزمهما وربحه لهما، لأنه تمليك مال بمال أشبه الصرف، ومنصوص أحمد يخالف هذا، لأنه أدخل فى الشركة أكثر مما رضى الشريك بالمشاركة فيه فلم يجز كما لو ضم إليها ألفًا من ماله، ويفارق الصرف، فإنه بيع وإبدال عين

إحداهما: له ذلك، لأنه عادة التجار، وقد تدعو الحاجة إلى الإيداع، **والثانية:** لا يجوز، لأنه ليس من الشركـة وفيه غـرر، والصحيح: أن الإيداع يجـوز عند الحاجة إليـه لأنه من ضرورة الشركة، أشبه دفع المتاع إلى الحمال، وفى التوكـيل فيما يتولى مثله بنفسه وجهان، بناء على الوكيل، وقيل: يجوز للشريك التوكيل، بخلاف الوكيل، لأنه لو جاز للوكيل التوكيل لاستفاد بحكم العقد مثل العقد، والشريك يستفـيد بعقد الشركة ما هو أخص منه ودونه، لأن التوكيل أخص من عقد الشركـة، فإن وكل أحدهما ملك الآخر عزله، لأن لكل واحد منهـما التصرف فى حق صاحـبه بالتوكـيل فكذلك بالعزل، وهل لأحدهـما أن يرهن بالدين الذى عليهـما أو يرهن بالدين الذى لهما؟ على وجهين: **أصحهـما:** أن له ذلك عند الحاجة، لأن الرهن يراد للإيفاء، والارتهان يراد للاستيفاء وهو يملك الإيفاء والاستيفاء، فملك ما يراد لهما، **والثانى:** ليس له ذلك، لأن فيه خطراً، ولا فرق بين أن يكون ممن ولى العقد أو من غيره لكون القبض من حقوق العقد وحقوق العقد لا تختص العاقد فكذلك ما يراد له، وهل له السفر بالمال؟ فيه

بعين فهو كـبيع الثياب بالدراهم، فإن أذن شريكه فى ذلك جـاز كبقية أفعـال التجارة المأذون فيها.

18- **مـسألة:** (وإن أخر حقه من الدين جاز).

إذا كان لهما دين حال فأخر أحدهما حصته من الدين جاز، وبه قال أبو يوسف ومحمد، وقـال أبو حنيفـة: لا يجوز، ولنا أنه أسـقط حقـه من المطالبـة فصح أن ينفـرد أحدهمـا به كالإبراء.

19- **مـسـألة:** (وإن تقاسـما الدين فى الذمـة لم يصح) نص عليـه فى رواية حنبل، لأن الذمة لا تتكافأ ولا تتعادل والقسمة تقتضى التعـديل، فأما القسمة بغير تعديل فهى بمنزلة البيع ولا يجوز بيع الدين بـالدين، فعلى هذا لو تقاسـما ثم توى بعض المـال رجع الذى توى ماله على الذى لم يتو، وبه قال ابـن سيرين والنخعى، ونقل حرب جـواز ذلك، لأن الاختلاف لا يمنع القسمة كـاختلاف الأعيان، وبه قال الحسن وإسـحاق، فعلى هذا لا يرجع من توى ماله على من لم يتو إذا أبرأ كل واحد منهما صاحبه وهذا إذا كان فى ذمم، فأما فى ذمة واحدة فلا تمكن القسمة، لأن القسمة إفراز حق ولا يتصور ذلك فى ذمة واحدة.

20- **مـسألة:** (وإن أبرأ من الدين لزم فى حقه دون صاحبه) لأنه تبرع فلزم فى حقه دون صاحبه كالصدقة.

21- **مـسـألة:** (وكذلك إن أقـر بمال سواء أقـر بعين أو دين) لأن شريكه إنـما أذن فى التجارة وليس الإقرار داخلاً فيها، وقـال القاضى: يقبل إقراره على مال الشركة، لأن للشريك أن يشتـرى من غير أن يسلم الثـمن فى المجلس، فلو لم يقـبل إقراره بالثمن لضـاعت أموال الناس وامتنعوا من معاملته، ولأن ذلك مما يحتاج إليه فى البيع أشبه الإقرار بالعيب.

وجهان نذكـرهما فى المضاربة، فـأما الإقالة فالأولى: أنه يملكهـا، لأنها إن كانت بيعًـا فهو يملك البيع، وإن كانت فسخًا فهو يـملك الفسخ بالرد بالعيب إذا رأى المصلحة فيه، فكذلك الفسخ بالإقالة إذا كان الحظ فيه، فإنه قد يشترى ما يرى أنه قد غبن فيه ويحتمل أن لا يملكها إذا قلنا: هو فسخ لأن الفسه ليس من التجارة، وإن قال له: اعمل برأيك جاز له أن يعمل كل ما يقع فى التجـارة، من الإبضاع، والمضاربة بالمـال، والمشاركة به وخلطه بمـاله والسفر به والإيداع، والبـيع نَسَاءً والرهـن والارتهان، والإقـالة ونحـو ذلك، لأنه فوض إليـه الرأى فى التصرف الذى تقتضيه الشركة، فـجاز له كل ما هو من التجارة، فأما ما كان تمليكًا[(١٥)] بغـير عوض كالهبة والحطيطة لغير فائـدة والقرض والعتق ومكاتبة الرقيق وتزويجهم ونحوه فليس له فعله، لأنه إنما فوض إليه العمل برأيه فى التجارة وليس هذا منها.

فصل: **وإن أخذ أحدهما مالاً مضاربة فربحه له ووضيعته عليه دون صاحبه، لأنه يستحق**

22- **مسألة:** **(وعلى كل واحد منهما أن يتولى مـا جرت العادة أن يتولاه من نشر الثوب وطيـه وختم الكيس وإحـرازه)** لأن إطلاق الإذن يحمل على العـرف، والعرف أن هذه الأمور يتولاها بنفسه **(فإن استأجر من يفعل ذلك فالأجرة عليه)** فى ماله، لأنه بذلها عوضًا عما يلزمه **(وما جرت العادة أن يسـتنيب فيه)** كحمل المـتاع ووزن ما ينقل والنداء **(فله أن يستـأجر من يفعله)**من مال القراض، لأنه العرف.

23- **مسـألة:** **(فإن فـعله ليأخـذ أجرته فـهل له ذلك؟) على وجـهيـن:** **أحدهمـا:** لا يستحقها، نص عليه، لأنه تبرع بما لم يلزمه فلم يكن له أجر كالمرأة التى تستحق على زوجها خادمًا إذا خدمت نـفسها، **وفيـه وجه آخـر:** أن له الأجرة، لأنه فعل ما يسـتحق الأجرة فيه فاستحقها كالأجنبى.

فصل: قال المصنف ﷺ: **(والشروط فى الشركة ضربان: صحيح مثل أن يشترط أن لا يتجر إلا فى نوع من المتـاع أو بلد بعينه أو لا يبيع إلاَّ بنقد معلوم أو لا يسـافر بالمال أو لا يبيع إلا من فلان أو لا يشترى إلا من فلان)**.

فهـذا كله صحيح سـواء كان النوع ممـا يعم وجوده أو لا يعم أو الرجل ممـا يكثر عنده المتاع أو يقل، وبـهذا قال أبو حنيفة، وقـال مالك والشافعى: إذا شـرط أن لا يشترى إلاَّ من رجل بعينه أو سلعة بعينها أو ما لا يعم وجـوده كالياقوت الأحمر والخيل البلق لم يصح، لأنه يفوت مقصود الشركة والمضاربة وهو التقلب وطلب الربح فلم يصح، كما لو شرط أن لا يبيع ويشترى إلا من فلان أو أن لا يبيع إلا بمثل ما اشترى به.

ولنا أنها شركة خـاصة لا تمنع الربح بالكلية فصحت، كمـا لو شرط أن لا يتجر إلا من

---

(١٥)فى النسخة المطبوعة: تمسكًا.

ذلك فى مـقـابلة عـمله، وليس ذلك من المـال الذى اشتركـا فيه، وقـد قال أصـحابنا فى المضاربة: إذا ضارب لرجل آخر رد ما حصل من الربح فى شركة الأول إذا كان فيه ضرر على الأول، فيجىء هـهنا مثله.

نوع يعم وجوده، ولأنه عقد يصح تخصيصه بنوع فصح تخصيصه فى رجل بعينه وسلعة بعينها كالوكالة، قـولهم: إنه يمنع المقصود ممنوع وإنما يـقلله وتقليله لا يمنع الصحة كتخـصيصه بالنوع، ويفارق مـا إذا شرط أن لا يبيع إلا برأس المـال، فإنه يمنع الربح بالكليـة وكذلك إذا قال: لا تبع إلا من فـلان ولا تشتر إلا منه فإنه يمنع الربح أيضًـا، فإنه لا يشترى مـا باعه إلا بدون ثمنه الذى باعه به، ولهذا لو قال: لا تبع إلا ممن اشتريت منه لم يصح لذلك.

24- مـسـألة: (وفاسد مثل أن يشترط ما يعـود بجهالة الربح أو ضمان المال أو أن عليه من الوضيـعة أكثـر من قدر مالـه، أو أن يوليه ما يختـار من السلع أو يرتفق بهـا أو أن لا يفسخ الشركة مدة بعينها، فما يعود بجهالة الربح يفسد به العقد ويخرج فى سائرها روايتان).

الشروط الفاسدة فى الشركة والمضاربة تنقسم ثلاثة أقسام:

أحـدها: ما ينافى مقتضى العقد مثل أن يشترط لزوم المضاربة أو أن لا يعزله مدة بعينها، أو أن لا يبيع إلا برأس المال أو أقل، أو لا يـبيع إلاَّ ممن اشترى منه، أو شـرط أن لا يشترى أو لا يبيع أو أن يوليـه ما يختـار من السلع أو نحو ذلك فـهذه شـروط فاسدة، لأنهـا تفوت المقصود من المضاربة وهو الربح أو تمنع الفسخ الجائز بحكم الأصل.

القسم الـثانى: ما يعود بجهالة الربح مثل أن يشرط للمضارب جزءًا من الربح مجهولاً أو ربح أحد الكيسين أو أحد الألفين أو أحد العبدين أو أحد السفرتين، أو ما يربح فى هذا الشهر أو أن حق أحدهما فى عبد يشـتريه، أو يشرط لأحدهما دراهم معلومة بجميع حـقه أو ببعضه فهـذه شروط فـاسدة، لأنهـا تفضى إلى جـهل حق كل واحد منهـما من الربح أو إلـى فواته بالكلية، ومن شرط المضاربة والشركة كون الربح معلومًا.

القـسم الثـالث: اشتراط مـا ليس من مصلحة العقـد ولا مقتضاه مـثل أن يشترط على المضارب المضاربة له فى مال آخر أو يأخذه بـضاعة أو قرضًا، أو أن يخدمه فى شىء بعينه، أو يرتفق ببعض السلع مثل أن يلبس الثوب أو يستخدم العـبد، أو يشرط على المضارب ضمان المال أو سهـمًا من الوضيعة أو أنه متى باع السـلعة فهو أحق بها بالثمن، أو شـرط المضارب على رب المال شيئًا من ذلك، فهذه كلها شروط فاسدة وقد ذكرنا بعضها فى غير هذا الموضع معللاً، ومتى اشترط شـرطًا فاسدًا يعود بجهالة الربح فسدت المضـاربة والشركة، لأن الفساد لمعنى فى العوض المعقود عليه فأفسد العقد، كما لو جعل رأس المال خمرًا أو خنزيرًا، ولأن الجهالة تمنع من التسليم فيفضى إلى التنازع والاختلاف ولا يعلم ما يدفعه إلى المضارب، وما عدا هذا من الشروط الفاسدة فالمنصوص عن أحمد فى أظهر الروايتين عنه أن العقد صحيح،

فــصل: والشركة من العقود الجائزة، تبطل بمـوت أحد الشريكين وجنونه والحجر عليه للسـفه وبالفـسخ من أحدهمـا، لأنها عقـد جائز فبطلت بذلك كالوكالة، وإن عـزل أحدهما صاحـبه انعزل الـمعزول فلم يكن له أن يتـصرف إلا فى قـدر نصيبـه، وللعازل التـصرف فى الجميع، لأن المعزول لم يرجع عن إذنه، هذا إذا كان المال ناضًا(١٦)، وإن كان عرضًا فذكر القـاضى: إن ظاهر كـلام أحمـد: إنه لا ينعـزل بالعـزل وله التـصرف حـتى ينض بالمـال، كالمـضارب إذا عزله رب المال، وينبـغى أن يكون له التصرف بالـبيع دون المعاوضـة بسلعة أخرى، أو التصرف بغير ما ينـض به المال، وذكر أبو الخطاب: إنه يعزل مطلقًا، وهو مذهب الشافعى، لأنه عقد جائز، فأشبه الوكالة، فـعلى هذا إن اتفقا على البيع أو القسمة فعلا، وإن

ذكره عنه الأثرم وغـيره، ولأنه عقـد يصح على مجهـول فلم تبطله الشروط الفاسـدة كالنكاح والعتاق، وفـيه رواية أخرى أن العقـد يبطل، ذكرها القاضى وأبو الخطاب، لأنه شـرط فاسد فأبطل العقـد كالمزارعة إذا شرط البذر من العـامل وكالشروط الفاسدة فى البـيع، ودليل فساد هذه الشروط أنهـا ليست من مصلحة الـعقد ولا يقتـضيها العـقد، فإن مقـصوده الربح فكيف يقتضى الضمان ولا يقتضى مدة معينة؟ لأنه جائز.

25- مسألة: (وإذا فسد العقد قسم الربح على قدر المالين).

لأن التصرف صحيح لكونه بإذن رب المال، والوضيـعة عليه، لأن كل عقد لا ضمان فى صحيـحه لا ضمان فى فاسـده، ويقسم الربح على قدر المالين، لأنه نـماء المال ويرجع كل واحد منهما على الآخر بأجرة عمله يسـقط منها أجرة عمله فى ماله، ويرجع على الآخر بقدر ما بقى له، فـإن تساويا مالاهما وعـملهما تقـاصا الدينان واقتـسما الربح نصفـين، وإن فضل أحدهمـا صاحبـه يقاص دين القليل بمـثله ويرجع على الآخر بالفـضل، والوجه الثـانى ذكره الشريف أبو جـعفر أنهمـا يقتسـمان الربح على ما شـرطاه: لأنه عقد يجوز أن يكون عـوضه مجهولاً فوجب المسمى فى فاسده كالنكاح.

فــصل: والشركة من العـقود الجائزة تبطل بموت أحد الشريكين وجنونه والـحجر عليه للسفه، وبالفـسخ من أحدهما، لأنه عقد جائز فبطل بذلك كالوكالة وإن عزل أحدهما صاحبه انعزل المعزول فلم يكن له أن يتصرف إلا فى قدر نصـيبه، وللعازل التصرف فى الجميع، لأن المعزول لم يرجع عن إذنه هذا إذا نض الـمال، وإن كان عرضًا فذكـر القاضى أن ظاهر كلام أحمـد أنه لا ينعزل بالعـزل وله التصرف حـتى ينض المال كـالمضارب إذا عـزله رب المال، وينبغى أن يكون له التصرف بالبيع دون المعاوضـة بسلعة أخرى، أو التصرف بغير ما ينض به المال، وذكر أبو الخطاب أنه ينعزل مطلقًا وهو مذهب الشافعى قياسًا على الوكالة، فعلى هذا إن اتفقا على البيع أو القسمة فعلاً وإن طلب أحدهما القسمة والآخر البيع قسم ولم يبع، **فـإن**

---

(١٦) ناضًا: الناض: الدرهم والدينار.

طلب أحدهما القسمة والآخر البيع أجيب طالب القسمة دون طالب البيع، **فإن قيل**: أليس إذا فسخ رب المال المضاربة فطلب العامل البيع أجيب إليه؟ **فالجواب**: أن حق العامل فى الربح، ولا يظهر الربح إلا بالبيع فاستحقه العامل لوقوف حصول حقه عليه، وفى مسألتنا: ما يحصل من الربح يستدركه كل واحد منهما فى نصيبه من المتاع، فلم يجبر على البيع.

فـــصـل: فإن مـات أحد الشريكين وله وارث رشـيد فله أن يقيم على الشـركة ويأذن له الشريك فى التصرف، وله المطالبة بالقسمة، فإن كان موليًا عليه قام وليه مقامه فى ذلك، إلا أنه لا يفعل إلا ما فيه المصلحة للمولى عليه، فإن كان الميت قد وصى بمال الشركة أو ببعضه لمعين فـالموصى له كالوارث فيما ذكـرنا، وإن وصى به لغير معين كالفـقراء لم يجز للوصى الإذن فى التصـرف، لأنه قد وجب دفعه إليـهم فيعزل نصـيبهم ويفرقـه بينهم، وإن كان على الميت دين تعلق بتركته فليس للوارث إمضاء الشركـة حتى يقضى دينه، فإن قضاه من غير مال الشركة فله الإتمام، وإن قضاه منه بطلت الشركة فى قدر ما قضى.

فــصل: القسم الثـالث: أن يشترك بدن ومال، وهذه المضـاربة، تسمى قِرَاضًا أيضًا، ومعناها: أن يدفع رجل ماله إلى آخر يتجر له فيـه، على أن ما حصل من الربح بينهما حسب ما يشترطانه فأهل العـراق يسمونه مضاربة، مأخوذة من الضّرب فى الأرض، وهو السـفر فيها

قـيل: أليس إذا فسخ رب المال المضاربة فطـلب العامل البيع أجيب إليه؟ **فالجواب** أن حق العامل فى الربح ولا يظهر إلا بالبيع فاستحقه العـامل لوقوف حصول حقه عليه، وفى مسألتنا ما يحصل من الربح يستدركه كل واحد منهما فى نصـيبه من المتاع فلم يجبر على البيع، قال شيخنا: وهذا إنما يصح إذا كان الربح على قدر المالين، أما إذا زاد ربح أحدهما عن ماله فإنه لا يستدرك ربحه بالقسمة فيتعين البيع كالمضاربة.

فـــصل: إذا مات أحـد الشريكين وله وارث رشـيد فله أن يقـيم على الشركـة ويأذن له الشريك فى التـصرف، لأن هذا إتمام للشركة وليس بابتدائها فلا تعتبر شروطها، وله المطالبة بالقسـمة، فإن كان مـوليًا عليه قام وليـه مقامه فى ذلك إلاَّ أنه لا يفـعل إلاَّ ما فيه المـصلحة للمولى عليه فإن كان الميت قد وصى بمال الشركة أو ببعضه لمعين فالموصى له كالوارث فيما ذكرنا، وإن وصى به لغيـر معين كالفقراء لم يجز للوصى الإذن فـى التصرف، لأنه قد وجب دفعه إليهم فيـعزل نصيبه ويفرقه عليهم، فإن كان على المـيت دين تعلق بتركته فليس للوارث إمضاء الشـركة حتى يقضى دينه، فإن قضـاه من غير مال الشركة فله الإتمـام، وإن قضاه منه بطلت الشركة فى قدر ما قضى.

فصل: قال ﷺ: **(الثانى المضاربة وهى أن يدفع ماله إلى آخر يتجر فيه والربح بينهما)** فأهل العراق يسمونه مضاربة مأخوذة من الضرب فى الأرض وهو السفر فيها للتجارة، قال الله تعالى: ﴿وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ اللَّهِ﴾ (المزمل: ٢٠) ويحتمل أن يكون من

للتجارة، قـال الله تعالى: ﴿وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ اللَّهِ﴾ (المـزمل: ٢٠) ويحتمل أن يكون من ضرب كل واحد منهما فى الربح بسـهم، ويسميه أهل الحجاز القراض، فقيل: هو مـشتق من القطع، يقال: قرض الفـأر الثوب إذا قطعه، فكأن صاحب الـمال اقتطع من ماله قطعة وسلمهـا إلى العامل، واقتطع له قطعة من الربح، وقيل: اشتقـاقه من المساواة والموازنة يقال: تقارض الشاعران: إذا وازن كل واحد منهما الآخر بشعره، وها هنا من العامل العمل ومن الآخر المال فتوازنا، وأجـمع أهل العلم على جواز المضاربة فى الجملة ذكره ابن المـنذر(١٧)، وروى عن حميد بن عبد الله عن أبيـه عن جده أن عمر بن الخطاب أعطاه مال يتيم مضـاربة يعمل به فى العراق(١٨)، وروى مالك عن زيـد بن أسلم عن أبيه «أن عـبد الله وعبيد الله ابنى عمر بن الخطاب ﷺ خرجا فى جيش إلى العراق، فتسلفا من أبى موسى مالاً وابتاعا به متاعًا، وقدما به إلى المدينة، فبـاعاه وربحا فيه، فأراد عمر أخذ رأس المال والربح كله، فقالا: لو تلف كان ضمانه علينا فلم لا يكون ربحـه لنا؟ فقال رجل: يا أمير المؤمنين، لو جعلته قـراضًا؟ قال: قد جعلته، وأخـذ منهما نصف الربح(١٩)، وهذا يدل علـى جـواز القراض، وعـن مالك(٢٠) عن العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن جـده «أن عثمان قارضه»

ضرب كل واحد منهمـا بسهم فى الربح، ويسميه أهل الحجاز القـراض، قيل: هو مشتق من القطع، يقال: قرض الفأر الثوب إذا قطعه، فكأن صاحـب المال اقتطع من ماله قطعة وسلمها إلى العامل، واقتطع له قطعة من الربح، وقيل: اشتقاقه من المساواة والموازنة، يقال: تقارض الشاعران إذا وازن كل واحد منـهما الآخر بشعره، وههنا من العامل الـعمل ومن الآخر المال فتوازنا، وينعقد بلفظ المضاربة والقراض وبكل مـا يؤدى معناهما، لأن القصد المعنى، فجاز بكل ما دل عليه كالوكالة، وهى مجمع على جوازها فى الجملة، ذكره ابن المنذر، وروى عن حميد بن عبد الله عن أبيه عن جده أن عمر بن الخطاب ﷺ أعطاه مال يتيم مضاربة يعمل به فى العـراق، وروى مالك عن زيد بن أسلم عـن أبيه أن عـبد الله وعـبيـد الله ابنى عمـر بن الخطاب خرجا فى جيش إلى العراق فتسلفا من أبى مـوسى مالاً وابتاعا به متاعًا وقدما به إلى المدينة فبـاعاه وربحا فيه فأراد عـمر أخذ رأس المال والربح كله فقالا: لو تلف كـان ضمانه علينا فلم لا يكون ربحه لنا؟ فقال رجل: يا أمير المؤمنين لو جـعلته قراضًا؟ قال: قد جعلته،

---

(١٧) انظر الإجماع لابن المنذر (ص ١١١).

(١٨) أخرجـه البيهـقى فى كتاب الـسنن (١/ ٤٩٨، ٤٩٩) من طريق الشافعى عن بـعض أهل العراق عن حميد بن عبد الله بن عبيد الأنصارى عن أبيه عن جده أن عمر بن الخطاب. . . فذكره.

(١٩) أخرجـه مالك فى الموطأ (٢/ ٦٨٧/ ١) والبيـهقى فى معـرفة السنن (٤/ ٤٩٧، ٤٩٨) وفى السنن الكبرى أيضًا (٦/ ١١٠، ١١١).

(٢٠) أخرجـه مالك فى المـوطأ (٢/ ٦٨٨/ ٢) والبيـهقى فى السنن (٦/ ١١١) وذكـره الزيلعى فى نصب الراية (٤/ ١١٥).

وعن قتادة عن الحسن أن عليًا قال: «إذا خالف المضارب فلا ضمان، هما على ما شرطا» وعن ابن مسعود وحكيم بن حزام أنهما قارضا ولا مخالف لهما في الصحابة، فحصل إجماعًا، ولأن بالناس حاجة إلى المضاربة، فإن الدراهم والدنانير لا تنمى إلا بالتقليب والتجارة، وليس كل من يملكها يحسن التجارة، ولأن كل من يحسن التجارة له رأس مال فاحتيج إليها من الجانبين، فشرعها الله تعالى لدفع الحاجتين، إذا ثبت هذا، فإنها تنعقد بلفظ المضاربة والقراض، لأنهما لفظان موضوعان لها أو بما يؤدى معناها، لأن المقصود المعنى، فجاز بما دل عليه كلفظ التمليك فى البيع.

فصل: وحكمها حكم شركة العنان فى أن كل ما جاز للشريك عمله جاز للمضارب عمله، وما منع منه الشريك منع منه المضارب، وما اختلف فيه ثَمَّ فههنا مثله، وما جاز أن يكون رأس مال الشركة جاز أن يكون رأس مال المضاربة، وما لا يجوز ثم لا يجوز ههنا على ما فصلناه.

فصل: القسم الرابع: أن يشترك مالان وبدن صاحب أحدهما فهذا يجمع شركة ومضاربة، وهو صحيح فلو كان بين رجلين ثلاثة آلاف درهم لأحدهما ألف ولآخر ألفان فأذن صاحب الألفين لصاحب الألف أن يتصرف فيها على أن يكون الربح بينهما نصفين صح، ويكون لصاحب الألف ثلث الربح بحق ماله والباقي وهو ثلثا الربح بينهما، لصاحب الألفين ثلاثة أرباعه، وللعامل ربعه، وذلك لأنه جعل له نصف الربح، فجعلناه ستة أسهم، منها ثلاثة للعامل حصة ماله سهمان وسهم يستحقه بعمله فى مال شريكه، وحصة مال شريكه أربعة أسهم، للعامل سهم وهو الربع، **فإن قيل:** فكيف تجوز المضاربة ورأس المال مشاع؟ **قلنا:** إنما تمنع الإشاعة الجواز إذا كانت مع غير العامل، لأنها تمنعه من التصرف بخلاف ما إذا كانت مع العامل، فإنها لا تمنعه من التصرف، فلا تمنع من صحة المضاربة، فإن شرط للعامل ثلث الربح فقط فمال صاحبه بضاعة فى يده، وليست مضاربة، لأن المضاربة إنما تحصل إذا كان الربح بينهما، فأما إذا قال: ربح مالك لك، وربح مالى لى فقبل الآخر، كان إبضاعًا لا غير، وبهذا كله قال الشافعى، وقال مالك: لا يجوز أن يضم إلى القراض شركة، كما لا يجوز أن يضم إليه عقد إجارة.

وأخذ منهما نصف الربح، وهذا يدل على جواز القراض، وعن مالك عن العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن جده أن عثمان قارضه، وعن قتادة عن الحسن أن عليًا قال: إذا خالف المضارب فلا ضمان، هما على ما شرطا، وعن ابن مسعود وحكيم بن حزام أنهما قارضا ولم يعرف لهم فى الصحابة مخالف فكان إجماعًا، ولأن بالناس حاجة إلى المضاربة، فإن الدراهم والدنانير لا تنمى إلا بالتقليب والتجارة وليس كل من يملكها يحسن التجارة ولا كل من يحسن التجارة له مال فاحتيج إليها من الجانبين فشرعت لدفع الحاجتين.

ولنا: أنهما لم يجـعلا أحد العقدين شرطًا للآخـر، فلم نمنع من جمعهما، كـما لو كان المال متميزًا.

فـصل: إذا دفع إليه ألفًا مضاربة وقال: أضـف إليه ألفًا من عندك واتجر بها والربح بيننا، لك ثلثاه ولي ثلثه جاز، وكـان شركة وقراضًا، وقال أصحاب الشافعي: لا يصح، لأن الشركة إذا وقعت على المال كان الربح تابعًا له دون العمل.

ولنا: أنهما تساويا في المال وانفرد أحدهما بالعمل، فجاز أن ينفرد بزيادة الربح، كما لو لم يكن له مـال، وقولهم: إن الربح تابع للمـال وحده، ممنوع، بل هو تابع لـهما، كـما أنه حاصل بهمـا، فإن شرط غير العـامل لنفسه ثلثي الربح لم يجز، وقـال القاضي: يجوز، بناء على جواز تفاضلهما في شركة العنان.

ولنا: أنه اشتـرط لنفسه جـزءًا من الربح لا مقابـل له فلم يصح، كما لو شـرط ربح مال العامل المنفـرد، وفارق شركة الـعنان، لأن فيها عـملاً منهمـا، فجاز إن يتفـاضلا في الربح لتفاضلهما في العمل بخلاف مسألتنا، وإن جعلا الربح بينهما نصفين ولم يقولا مضاربة جاز، وكان إبضاعًا كما تقدم، وإن قالا مضاربة فسد العقد، لما سنذكره إن شاء الله تعالى.

فـصل: القسم الخامس: أن يشترك بدنان بمال أحدهما، وهو أن يكون المال من أحدهما والعمل منهما، مثل أن يخرج أحدهما ألفًا ويعملان فيه معًا والربح بينهما، فهذا جائز، ونص عليه أحمد في رواية أبي الحارث، وتكون مضاربة لأن غير صاحب المال يستحق المشروط له من الربح بعـمله في مال غـيره، وهذا هو حـقيقـة المضـاربة، وقال أبو عـبد الله بن حـامد والقـاضي وأبو الخطاب: إذا شرط أن يعـمل مـعه رب المـال لم يصح، وهذا مذهب مـالك والأوزاعي والشافعي وأصـحاب الرأي وأبي ثور وابن المنذر، قال: ولا تصح المـضاربة حتى يسلم المال إلى العامل ويخلـي بينه وبينه، لأن المضاربة تقتضي تسليم المـال إلى المضارب، فإذا شرط عليه العمل فلم يسلمه لأن يده عليه فيخالف موضوعها، وتأول القاضي كلام أحمد والخرقي على أن رب المال عمل من غير اشتراط.

ولنا: أن العمل أحـد ركني المضاربة، فجـاز أن ينفرد به أحدهما مع وجـود الأمرين من الآخر كالمال، وقـولهم: إن المضاربة تقتضي تسليم المال إلى العامل، مـمنوع، إنما تقتضي إطلاق التصرف في مال غيـره بجزء مشاع من ربحه، وهذا حاصل مع اشتراكـهما في العمل، ولهذا لو دفع ماله الى اثنين مضاربة صح ولم يحصل تسليم المال إلى أحدهما.

فـصل: وإن شرط أن يعمل معه غلام رب المال صح، وهذا ظاهر كلام الشافعي، وقول أكثـر الصحـابة، ومنعه بعـضهم، وهو قـول القاضي، لأن يد الغـلام كيـد سيـده، وقال أبو الخطاب: فيه وجهان: **أحدهما:** الجواز، لأن عمل الغلام مال لسيده، فصح ضمه إليه، كما يصح أن يضم إليه بهيمة يعمل عليها.

فصل: وأما شركة المفاوضة فنوعان: أحدهما: أن يشتركا فى جميع أنواع الشركة، مثل أن يجمعا بين شركة العنان والوجوه والأبدان فيصح ذلك، لأن كل نوع منها يصح على انفراده فصح مع غيره، **والثانى:** أن يدخلا بينهما فى الشركة الاشتراك فيما يحصل لكل واحد منهما من ميراث، أو يجده من ركاز أو لقطة، ويلزم كل واحـد منهما ما يلزم الآخر من أرش جناية وضمان غـصب وقيمة متلف، وغـرامة الضمان أو كفالة، فـهذا فاسد، وبهذا قـال الشافعى، وأجازه الثورى والأوزاعى وأبو حنيفة، وحكى ذلك عن مالك، وشرط أبو حنيفة لها شروطًا: وهى أن يكونا حرين مـسلمين، وأن يكون مـالهما فى الشـركة سواء، وأن يخـرجا جمـيع ما يملكانه من جنس الشركة، وهو الدارهم والدنانير، واحتجوا بما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «إذا تفاوضـتم فأحسنوا المفـاوضة» (٢١) ولأنها نوع شركـة يختص باسم فكان فيهـا صحيح كشركة العنان.

ولنا: أنه عقد لا يصح بين الكافرين ولا بين كافر ومسلم، فلم يصح بين المسلمين كسائر العقود الفاسدة، و ولأنه عقد لم يرد الشرع بمـثله، فلم يصح كما ذكرنا، ولأن فيه غررًا، فلم يصح كبيع الغرر، وبيان غرره: أنه يلزم كل واحد ما لزم الآخر، وقد يلزمه شىء لا يقدر على القيام به، وقد أدخلا فيه الأكساب النادرة، والخبر لا نعرفه، ولا رواه أصحاب السنن ثم ليس فيه ما يدل على أنه أراد هذا العـقد فيحتمل أنه أراد المفاوضة فـى الحديث، ولهذا روى فيه: «ولا تجادلوا فـإن المجادلة من الشيطان» وأمـا القياس: فلا يصح، فـإن اختصاصـهـا باسم لا يقتـضى الصحة، كبـيع المنابذة والملامسـة وسائر البيـوع الفاسدة، وشـركة العنان تصح من الكافرين، والكافر والمسلم بخلاف هذا.

٨٢٩- **مسألة:** قال: **(والربح على ما اصطلحَا عليه)**

يعنى فى جمـيع أقسـام الشركة، ولا خـلاف فى ذلك فى المضاربـة المحضـة، قال ابن المنذر (٢٢): أجمع أهل العلم على أن للعامل أن يشترط على رب المال ثلث الربح أو نصفه، أو ما يجمـعان عليه، بعد أن يكون ذلك معلومـًا جزءًا من أجزاء، ولأن استحقـاق المضارب الربح بعمله، فجاز ما يتفقان عليه من قليل وكـثير، كالأجرة فى الإجارة، وكالجزء من الثمرة فى المساقاة والمزارعة، وأما شركة العنان ـ وهو أن يشتـرك بدنان بماليهما ـ فيجوز أن يجعلا الربح على قـدر المالين، ويجوز أن يتـساويا مع تفـاضلهمـا فى المال وأن يتفـاضلا فـيه مع تساويهما فى المال وبهذا قال أبو حنيفة، وقـال مالك والشافعى: من شرط صحتها كون الربح والخسـران على قدر الـمالين، لأن الربح فى هذه الشـركة تبع للمـال، بدليل أنه يصح عـقد الشركة، وإطلاق الربح فلا يجوز تغييره بالشرط كالوضيعة.

---

(٢١) ذكره الزيلعى فى نصب الراية (٣/ ٤٧٥) قوله ﷺ: «فاوضوا فإنه أعظم للبركة» وقال: غريب.
(٢٢) انظر الإجماع لابن المنذر (ص ١١١).

ولنا: أن العمل مما يستحق به الربح فجاز أن يتفاضلا فى الربح مع وجـود العمل منهما كالمضاربين لرجل واحد، وذلك لأن أحدهما قـد يكون أبصر بالتجارة من الآخر وأقوى على العمل، فجاز له أن يشترط زيادة فى الربح فى مقابلة عمله، كما يشترط الربح فى مقابلة عمل المضارب، يحققه: أن هذه الشركة معقودة على المال والعمل جميعًا ولكل واحد منهما حصة من الربح إذا كان منفردًا، فذلك إذا اجتمعا وأمـا حالة الإطلاق، فإنه لما لم يكن بينهما شرط يقسم الربح عليه ويتـقدر به قدرناه بالمال لعدم الشـرط، فإذا وجد الشرط فهو الأصل فـيصير إليه كـالمضاربة يصار إلى الشـرط، فإذا عدم وقال: الربح بيننا، كـان بينهما نصفـين، وفارق الوضيعـة، فإنها لا تتعلق إلا بالـمال بدليل المضاربة، وأمـا شركة الأبدان فهى معـقودة على العمل المجـرد، وهما يتفاضلان فـيه مرة ويتساويان أخرى فـجاز ما اتفقا عليـه من مساواة أو تفاضل، كما ذكرنا فى شركة العنان، بل هذه أولى لانعـقادها على العمل المجرد، وأما شركة الوجوه: فكلام الخرقى بعـمومه، يقتضى جـواز ما يتفقان عليه من مـساواة أو تفاضل، وهو قياس الـمذهب، لأن سائر الشركـات الربح فيها على مـا يتفقان عليـه، فكذلك هذه، ولأنها تنعقد على العمل وغيره، فجاز ما اتفقـا عليه كشركة العنان، وقال القاضى: الربح بينهما على قدر ملكيهما فى المـشترى، لأن الربح يستحق بالضمان إذ الشركـة وقعت عليه خاصة، إذ لا مال عندهما فيشتركان على العمل، والضمان لا تفاضل فيه، فلا يجوز التفاضل فى الربح.

ولنا: أنها شركة فيها عمل فجاز ما اتفقا عليه فى الربح كسائر الشركات، وقول القاضى: لا مال لهما يعملان فيه، قلنا: إنما يشتركان ليعمــلا فى المستقبل فيما يتخذانه بجاههما، كما أن سائر الشركات إنما يكون العمل فيها فيما يأتى، فكذا هٰهنا، أما المضاربة التى فيها شركة، وهى أن يشتـرك مالان وبدن صـاحب أحدهما: مـثل أن يخرج كل واحـد منهمـا ألفًا ويأذن أحدهما للآخـر فى التجارة بهما، فـمهما شرطا للعـامل من الربح إذا زاد على النصف جاز، لأنه مضارب لصاحبه فى ألف، ولعامل المضاربة ما اتفقا عليه بغير خلاف، وإن شرطا له دون نصف الربح لم يـجز، لأن الربـح يسـتحق بـمال وعـمل، وهذا الـجزء الزائـد على النصف المشروط لـغير العامل لا مـقابل له فبطل شرطه، وإن جـعلا الربح بينهما نصـفين فليس هذا شركة ولا مضاربة، لأن شركة العنان تقتضى أن يشتركا فى المال والعمل والمضاربة تقتضى أن للعامل نصيبًا من الربح فى مقابلة عمله ولم يجعـلا له ههنا فى مقابلة عمله شيئًا، وإنما جعلا الربح على قدر المالين وعمله فى نصيب صاحبه تبرع، فيكون ذلك إبضاعًا، وهو جائز إن لم يكن ذلك عوضًا عن قـرض، فإن كان العامل اقتـرض الألف أو بعضها من صاحـبه لم يجز، لأنه جعل عمله فى مال صاحبه عوضًا عن قرضه وذلك غير جائز، وأما إذا اشترك بدنان بمال أحدهما مثل أن يخرج أحدهما ألفًا ويعملان جميعًا فيه، فإن للعامل الذى لا مال له من الربح ما اتفقا عليه لأنه مـضارب محض فأشبه ما لو لم يعمل معه رب المـال، فحصل ما ذكرنا أن

الربح بينهما على مـا اصطلحا عليه فى جمـيع أنواع الشركة سواء ما ذكـرنا فى المضاربة التى فيها شركة على ما شرحنا.

فصل: ومن شرط صحة المضاربة: تقدير نصيب العامل، لأنه يستحقه بالشرط فلم يقدر إلا به، ولو قال: خذ هذا المـال مضاربة، ولم يسم للعامل شيـئًا من الربح، فالربح كله لرب المال والوضـيعـة عليه وللعامل أجـر مثله، نص عليـه أحمد، وهو قـول الثورى والشـافعى وإسحـاق وأبى ثور وأصحـاب الرأى، وقال الحـسن وابن سيـرين والأوزاعى: الربح بينهـما نصفين، لأنه لو قال: والربح بيننا، لكان بينهما نصفين، فكذلك إذا لم يذكر شيئًا.

ولنا: أن المضارب إنما يسـتحق بالشرط ولم يوجد، وقوله: مضـاربة اقتضى أن له جزءًا من الربح مجهولاً فـلم تصح المضاربة له، كما لو قال: ولك جـزء من الربح، فأما إذا قال: والربح بيننا، فإن المضـاربة تصح ويكون بينهما نصفـين، لأنه أضافه إليهما إضـافة واحدة لم يترجح فيـها أحدهما على الآخر، فـاقتضى التسوية كمـا لو قال: هذه الدار بينى وبينك، وإن قدر نصيب العامل فقال: ولك ثلث الربح أو ربعه أو جزءًا معلومًا أى جزء كان، فالباقى لرب المال، لأنه يـستحق الربح بمـاله لكونه نمـاءه وفرعه، والعـامل يأخذ بالشـرط فمـا شرط له استحقه، وما بقى فلرب المـال بحكم الأصل، وإن قدر نصيب رب المال مثل أن يقول: ولى ثلث الربح ولم يذكر نصيب العامل، فـفيه وجهان: **أحـدهمـا:** لا يصح، لأن العـامل إنما يستحق بالشرط ولم يشترط له شىء، فتكون المضاربة فاسدة، **والثـانى:** يصح ويكون الباقى للعامل، وهذا قول أبى ثور وأصـحاب الرأى، لأن الربح لهما لا يسـتحقه غيرهمـا، فإذا قدر نصيب أحدهما منه فالباقى للآخر من مفهوم اللفظ، كما علم ذلك من قوله تعالى: ﴿**فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ**﴾ (النساء: ١١) ولم يذكر منها نصيب الأب، فعلم أن الباقى

فصل: ومن شرط صحتها تقدير نصيب العامل، لأنه يستحقه بالشرط فلم يقدر إلا به، فلو قال: خذ هذا المال مضاربة ولم يذكر سهم العـامل فالربح كله لرب المال والوضيعة عليه وللعامل أجر مثله، نص عليه أحمد، وهو قول الثورى والشافعى وإسحاق وأبى ثور وأصحاب الرأى، وقال الحسن وابن سيرين والأوزاعى: الربح بينهما نصفين كما لو قال والربح بيننا فإنه يكون بينهـما نصفـين كذا هذا، ولنا أن المـضارب إنمـا يستـحق بالشرط ولم يوجـد، وقوله مضاربة اقتـضى أن له جزءًا من الربح مجهولاً فلم تصح المضاربة، كـما لو قال: ولك جزء من الربح، أما إذا قـال: الربح بيننا فإن المـضاربة تصح وتكون بينهمـا نصفين، لأنه أضـافه إليهما إضافة واحدة فلم يترجح أحدهما على الآخر، فاقتضى التسوية، كما لو قال: هذه الدار بينى وبينك.

26- **مسـألة: (فإن قال: خذه فاتجـر به والربح كله لى فهو إبضاع)** لأنه قـرن به حكم الإبضاع فانصرف إليه.

له، ولأنه لو قال: أوصيت بهذه المائة لزيد وعمـرو، ونصيب زيد ثلاثون كان الباقـى لعمرو كذا ههنا، وإن قال: لى النصف ولك الثلث، وسكت عن السدس، صح، وكان لرب المال، لأنه لو سكت عن جميع الباقى بعد جزء العامل كان لرب المال، فكذلك إذا ذكر بعضه وترك بعضه، وإن قال: خذه مضاربة على الثلث أو النصف، أو قال: بالثلث أو الربع، صح، وكان تقـدير النصيب للعـامل، لأن الشرط يـراد لأجله، فإن رب المـال يستـحق بماله لا بالشـرط والعامل يستـحق بالعمل، والعمل يكثر ويقل، وإنمـا تتقدر حصتـه بالشرط فكان الشرط له، ومتى شرطا لأحـدهما شيئًـا واختلفا فى الجزء المـشروط لمن هو؟ فهو للعـامل قليلاً كان أو كثيرًا لذلك، وإن قـال: خذه مضاربة ولك ثلث الربح وثلث ما بقى، صح، وكـان له خمسة أتساع، لأن هذا معناه، وإن قال: لك ثلث الربح وربع ما بقى فله النصف، وإن قال: لك ربع الربح وربع ما بـقى فله ثلاثة أثمان ونصف ثمن وسـواء عرفا الحـساب أو جـهلاه، لأن ذلك أجزاء معلومـة مقدرة، فأشـبه ما لو شرط الخمـسين، ومذهب الشافـعى فى هذا الفصل كله كمذهبنا.

فصل: وإن قال: خذه مضاربة ولك جزء من الربح أو شركة فى الربح أو شيء من الربح أو نصيب أو حظ لم يصح لأنه مجهول، ولا تـصح المضاربة إلا على قدر معلوم، وإن قـال: خذه ولك مثل ما شرط لفلان وهما يعلمان ذلك صح، لأنهما أشارا إلى معلوم عندهما، وإن كانا لا يعلمانه أو لا يعلمه أحدهما فسدت المضاربة لأنه مجهول.

فصل: وإن قال: خذ هذا المال فاتجر به وربحه كله لك كان قرضًا لا قراضًا، لأن قوله: خذه فاتجر به، يصـلح لهما، وقد قرن به حكم القرض فانـصرف إليه وإن قال مع ذلك: ولا ضمان عليك، فهذا قرض شرط فيه نفى الضمـان، فلا ينتفى بشرطه، كما لو صرح به فقال: خذ هذا قرضًا ولا ضـمان عليك، وإن قال: خذه فاتجر به والربح كلـه لى كان إبضاعًا، لأنه قرن به حكم الإبضاع فانصرف اليه، فإن قال مع ذلك: وعليك ضمانه، لم يضمنه، لأن العقد يقتضى كونه أمـانة غير مضمونة، فلا يزول ذلك بشرطه، وإن قـال: خذه مضاربة والربح كله لك أو كله لى، فهو عقد فاسد، وبه قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: إذا قال: والربح كله لى، كان إبضاعًـا صحيحًـا، لأنه أثبت له حكم الإبضاع فانصرف إلـيه كالتى قبلهـا، وقال مالك: يكون مضـاربة صحيحـة فى الصورتين لأنهما دخـلا فى القراض، فإذا شرط لأحـدهما فكأنه وهب الآخر نصيبه فلم يمنع صحة العقد.

27- مسألة: (وإن قال: والربح كله لك فهو قرض) لا قراض، لأن قوله خذه فاتجر به يصلح لهما، وقد قرن به حكم القرض فانصـرف إليه، وإن قال مع ذلك فلا ضمان عليك فهو قرض شرط فـيه نفى الضمان لا يـنتفى شرطه، كمـا لو صرح به، فقال: خـذ هذا قرضًا ولا ضمان عليك.

ولنا: أن المضاربة تقتضى كون الربح بينهما، فإذا شرط اختصاص أحدهما بالربح فقد شرط ما ينافى مقتضى العقد ففسد، كما لو شرط الربح كله فى شركة العنان لأحدهما، ويفارق ما إذا لم يقل مضاربة لأن اللفظ يصلح لما أثبت حكمه من الإبضاع والقراض بخلاف ما إذا صرح بالمضاربة، وما ذكره مالك لا يصح لأن الهبة لا تصح قبل وجود الموهوب.

28- مسألة: (وإن قال: خذه مضاربة والربح كله لك أو لى لم يصح).

وبه قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: إذا قال: والربح كله لى كان إبضاعًا صحيحًا، لأنه أثبت له حكم الإبضاع فانصرف إليه، كما لو قال: اتجر به والربح كله لى، وقال مالك: يكون مضاربة صحيحة فى الصورتين، لأنهما دخلا فى القراض، فإذا شرطه لأحدهما فكأنه وهب الآخر نصيبه فلم يمنع صحة العقد.

ولنا: أن المضاربة تقتضى كون الربح بينهما، فإذا شرط اختصاص أحدهما بالربح فقد شرط ما ينافى مقتضى العقد ففسد، كما لو شرط الربح كله فى شركة العنان لأحدهما، ويفارق ما إذا لم يقل مضاربة، لأن اللفظ يصلح لما أثبت حكمه من الإبضاع، والقرض بخلاف ما إذا صرح بالمضاربة، وما ذكره مالك لا يصح، لأن الهبة لا تصح قبل وجود الموهوب.

29- مسألة: (ولو قال: لك ثلث الربح صح والباقى لرب المال) إذا قدر نصيب العامل قال: لك ثلث الربح أو ربعه أو جزء معلوم صح، والباقى لرب المال، لأنه يستحق الربح بماله لكونه نماؤه وفرعه، والعامل يأخذ بالشرط فما شرط له استحقه وما بقى فلرب المال بحكم الأصل.

30- مسألة: (وإن قال: ولى ثلث الربح ولم يذكر نصيب العامل ففيه وجهان).

أحدهما: لا يصح، لأن العامل إنما يستحق بالشرط ولم يشرط له شىء فتكون المضاربة فاسدة، **والثانى:** يصح ويكون الباقى للعامل، وهو قول أبى ثور وأصحاب الرأى، لأن الربح لا يستحقه غيرهما، فإذا قدر نصيب أحدهما منه فالباقى للاخر بمفهوم اللفظ كما علم ذلك من قوله تعالى: ﴿وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾ (النساء: ١١) ولم يذكر نصيب الأب فعلم أن الباقى له، لأنه لو قال: أوصيت بهذه المائة لزيد وعمرو، ونصيب زيد منها ثلاثون، كان الباقى لعمرو كذا ههنا وهى أصح.

فصل: **فإن قال: لى النصف ولك الثلث وسكت عن الباقى صح وكان لرب المال،** لأنه لو سكت عن جميع الباقى بعد جزء العامل كان لرب المال فكذا إذا ذكر البعض، وترك البعض وإن قال: خذه مضاربة على الثلث أو قال بالثلث صح وكان تقدير النصيب للعامل، لأن الشرط يراد لأجله، لأن رب المال يستحق بماله لا بالشرط، والعامل يستحق بالعمل وهو يقل ويكثر وإنما تتقدر حصته بالشرط، فكان الشرط له وهو مذهب الشافعى.

فــصل: ويجوز أن يدفع مالاً إلى اثنين مضاربة فى عقد واحد فإن شرط لهما جزءاً من الربح بينهما نصفين جاز، وإن قال: لكما كذا وكذا من الربح ولم يبين كيف هو، كان بينهما نصفين، لأن إطلاق قوله بينهما يقتضى التسوية، كما لو قال لعامله: والربح بيننا، وإن شرط لأحدهما ثلث الربح وللآخر ربعه وجعل الباقى له، جاز، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى، وقال مالك: لا يجوز، لأنهما شريكان فى العمل بأبدانهما، فلا يجوز تفاضلهما فى الربح كشريكى الأبدان.

ولنا: أن عقد الواحد مع الاثنين عقدان، فجاز أن يشترط فى أحدهما أكثر من الآخر كما لو انفرد، ولأنهما يستحقان بالعمل وهما يتفاضلان فيه فجاز تفاضلهما فى العوض كالأجيرين، ولا نسلم وجوب التساوى فى شركة الأبدان، بل هى كمسألتنا فى جواز تفاضلهما، ثم الفرق بينهما: أن ذلك عقد واحد، وهذان عقدان.

فـصل: وإن قارض اثنان واحداً بألف لهما جاز، وإذا شرطا له ربحًا متساويًا منهما جاز وإن شرط أحدهما له النصف والآخر الثلث جاز، ويكون باقى ربح مال كل واحد منهما

31- **مسألة: (وإن اختلفا فى الجزء المشروط فهو للعامل قليلاً كان أو كثيراً)** لما ذكرنا، واليمين على مدعيه، لأنه يحتمل خلاف ما قاله فيجب اليمين لنفى الاحتمال كما يجب على المنكر لنفى ما يدعيه المدعى.

فــصل: وإن قال: خذه مضاربة ولك ثلث الربح وثلث ما بقى صح وله خمسة أسباع الربح لأن هذا معناه، وإن قال: لك ثلث الربح وربع ما بقى فله النصف، وإن قال: لك ربع الربح وربع ما بقى فله ثلاثة أثمان ونصف ثمن، وسواء عرفا الحساب أو جهلاه، لأن ذلك أجزاء معلومة مقدرة أشبه ما لو شرط الخمسين، ومذهب الشافعى فى هذا الفعل كمذهبنا.

فـصل: ويجوز أن يدفع مالاً إلى اثنين مضاربة فى عقد واحد، فإن شرط لهما جزءاً من الربح بينهما نصفين صح، وإن قال: لك كذا وكذا من الربح ولم يبين كيف هو بينهما فهو بينهما نصفان لأن إطلاق قوله لكما يقتضى التسوية كما لو قال لعامله الربح بيننا، وإن شرط لأحدهما ثلث الربح وللآخر ربعه والباقى له جاز وبه قال أبو حنيفة والشافعى، وقال مالك: لا يجوز لأنهما فى العمل بأبدانهما لم يجز تفاضلهما فى الربح كشريكى الأبدان.

ولنا: أن عقد الواحد مع الاثنين عقدان فجاز أن يشترط فى أحدهما أكثر من الآخر كما لو انفردا، ولأنهما يستحقان بالعمل وهما يتفاضلان فجاز تفاضلهما فى العوض كالأجيرين، وشركة الأبدان كمسألتنا لا يجب التساوى فيها ثم الفرق بينهما أن ذاك عقد واحد وهذان عقدان.

فــصل: وإن قارض اثنان واحداً بألف لهما جاز فإن شرطا له ربحًا متساويًا منها جاز وكذلك إن شرط أحدهما له النصف والآخر الثلث ويكون باقى ربح مال كل واحد منهما له،

لصاحـبه، وإن شرطا كون البـاقى من الربح بينهما نصـفين لم يجز، وهذا مذهب الشـافعى، وكلام القاضى يقتضى جوازه، وحكى ذلك عن أبى حنيفة وأبى ثور.

ولنا أن أحـدهما يبـقى له من ربح ماله الـنصف والآخر يبـقى له الثلثان، فـإذا اشتـرطا التساوى فقد شرط أحدهما للآخر جـزءًا من ربح ماله بغير عمل فلم يجز، كما لو شرط ربح ماله للتفرد.

فــصل: وإذا شرطا جزءًا من الربح لغيـر العامل نظرت فإن شـرطاه لعبد أحـدهما أو لعبديهـما صح وكان ذلك مشروطًا لسـيده، فإذا جعلا الربح بـينهما وبين عبديهـما أثلاثًا كان لصاحب العبـد الثلثان وللآخر الثلث، وإن شرطاه لأجنبى أو لولد أحدهمـا أو امرأته أو قريبه وشرطا عـليه عمـلاً مع العامل صح، وكـانا عاملين، وإن لـم يشترطا عـليه عمـلاً لم تصح المضاربة، وبهـذا قال الشافعى، وحكى عن أصحاب الرأى: أنه يصح، والجـزء المشروط له لرب المـال، سواء شـرط لقريب العـامل أو لقـريب رب المال، أو لأجنبى، لأن العـامل لا يستحق إلا ما شـرط له ورب المال يستحق الربح بحكم الأصل، والأجنبى لا يستـحق شيئًا، لأنه إنما يستحق الربح بمـال أو عمل، وليس هذا واحدًا منهما، فما شرط لا يستـحقه فيرجع إلى رب المال كما لو ترك ذكره.

وإن شرطا كون الباقى من الربح بينهما نصفـين لم يجز وهذا مذهب الشافعى، وكلام القاضى يقتضى جوازه وحكى عن أبى حنيفة وأبى ثور.

ولنا أن أحدهمـا يحصل له من ربح ماله النصف والآخر الثلثـان فإذا شرط التسـاوى فقد شرط أحدهما للآخر جزءًا من ربح ماله بغير عمل فلم يجز كما لو شرط ربح ماله المنفرد.

فــصل: إذا شرطا جـزءًا من الربح لغيـر العامل نظرت ، فإن شـرطاه لعبد أحـدهما أو لعبديهمـا صح، وكان مشروطًا لسيده، فـإذا جعلا الربح بينهما وبين عبـد أحدهما أثلاثًا كان لصاحب العبـد الثلثان وللآخر الثلث، وإن شرطاه لأجنبى أو لولد أحدهمـا أو امرأته أو قريبه وشرطا عليه عملاً مع العامل صح وكانا عاملين وإن لم يشرطا عليه عملاً لم تصح المضاربة، وبه قال الشافعى، وحكى عن أصحاب الرأى أنه يصح، والجزء المشروط له لرب المال سواء شرط لقريب العـامل أو قريب رب المال أو لأجنبى، لأن العامل لا يستـحق إلا ما يشرط له، ورب المال يستحـق الربح بحكم الأصل، والأجنبى لا يستحق شيئًا، لأن الربح إنـما يستحق بمال أو عمل وليس له واحد منهـما، وما شرط لا يستحقه فـرجع إلى رب المال كما لو ترك ذكره.

ولنا: أنه شرط فاسـد يعود إلى الربح ففسـد به العقد، كما لو شـرط دراهم معلومة وإن قال: لك الثلثـان على أن تعطى امرأتك نصـفه، فكذلك، لأنه شرط فـى الربح شرطًا لا يلزم فكان فاسدًا، والحكم فى الشركة كالحكم فى المضاربة فيما ذكرنا.

ولنا أنه شرط فاسـد يعود إلى الربح ففسـد به العقد، كما لو شـرط دراهم معلومة، وإن قال: لك الـثلثان على أن تعطى امـرأتك نصفـه فكذلك، لأنه شرط فى الربح شـرطًا لا يلزم فكان فاسدًا، والحكم فى الشركة كالحكم فى المضاربة فيما ذكرناه.

فـصل: والحكم فى الشركة كالحكم فى المضاربة فى وجـوب معرفة قدر ما لكل واحد منهـمـا من الربح، إلا أنهما إذا أطلقاها ولم يذكرا الربح كـان بينهما على قدر المالين، وفى شركة الوجـوه: يكون على قدر ملكيهمـا فى المشترى لأن لهمـا أصلاً يرجعان إليـه، ويتقدر الربح به، بخلاف المضاربة، فإنه لا يمكن تقدر الربح فيها بالمال والعمل، لكون أحدهما من غير جنس الآخر، فلا يعلم قدره منه، وأما شركة الأبدان فـلا مال فيها يقدر الربح به فيحتمل أن يتقـدر بالعمل، لأن عـمل أحدهما من جنـس عمل الآخر، فـقد تساويا فـى أصل العمل فيكون ذلك أصـلاً يرجع إليه ويحتـمل ألا يتقدر به، لأن الـعمل يقل ويكثر ويتـفاضل، ولا يوقف على مقـداره، بخلاف المال فـيعتبـر ذكر الربح والمعـرفة به كما فى المـضاربة، والله أعلم.

٨٣٠- مسألة: قال: **(والوضيعة على قدر المال)**.

يعنى الخسران فى الشركة عـلى كل واحد منهما بقدر ماله، فإن كان مالهـما متساويًا فى القدر فالخـسران بينهما نصفـين، وإن كانا أثلاثًا فالوضيعة أثـلاثًا، لا نعلم فى هذا خلافًا بين أهل العلم، وبه يقول أبو حنيفة والشافعى وغيـرهما، وفى شركة الوجوه: تكون الوضيعة على قدر ملكيهما فى المشترى، سواء كـان الربح بينهما كذلك أو لم يكن، وسواء كانت الوضيعة لتلف أو نقصـان فى الثمن عما اشـتريا به أو غير ذلك، والوضـيعة فى المضـاربة على المال

فـــصل: وحكم المضاربة حكم الـشركة فيما للعـامل أن يفعله أو لا يفعله وفيـما يلزمه فـعـله، وفى الشروط كلما جاز لـلشريك عمله جاز للمضارب، وما منـع منه المضارب وما اختلـف فيه ثم فـههنا مـثله، وما جـاز أن يكون رأس مال الشـركة جاز أن يـكون رأس مال المضاربة وما لا يجوز ثم لا يجوز ههنا على ما فصلناه، لأنها فى معناها.

32- مسألة: (وإذا فسدت فالربح لرب المال وللعامل الأجرة، وعنه له الأقل من الأجرة أو ما شرط له من الربح).

الكلام فى المضاربة الفاسدة فى فصول ثلاثة: **أحدها:** أنه إذا تصرف العامل نفذ تصرفه، لأنه أذن فيه رب المال، فإذا بطل عقد المـضاربة بقى الإذن فملك به التصرف كالوكيل، **فـإن قـــيل:** فلو اشتـرى الرجل شراء فاسدًا ثم تصـرف فيه لم ينفذ مع أن البـائع قد أذن له فى التصرف؟ **قلـنا:** لأن المشترى يتصرف من جهة الملك لا بالإذن، فإن أذن البائع كان على أنه ملك المأذون له، فإذا لم يملك لم يصح، وههنا أذن له رب المال فى التصرف فى ملك نفسه وما شرط من الشرط الفاسد فليس بمشروط فى مقابلة الإذن لأنه أذن له فى تصرف ما يقع له.

خاصة ليس على العامل منها شيء، لأن الوضيعة عبارة عن نقصان رأس المال، وهو مختص بملك ربه، لا شيء للعامل فيه، فيكون نقصه من ماله دون غيره، وإنما يشتركان فيما يحصل من النماء فأشبه المساقاة والمزارعة، فإن رب الأرض والشجر يشارك العامل فيما يحدث من الزرع والثمر، وإن تلف الشجر أو هلك شيء من الأرض بغرق أو غيره لم يكن على العامل شيء.

٨٣١- **مسألة:** قال: (**ولا يجوز أن يجعل لأحد من الشركاء فضل دراهم**).

وجملته: أنه متى جعل نصيب أحد الشركاء دراهم معلومة، أو جعل مع نصيبه دراهم، مثل أن يشترط لنفسه جزءًا وعشرة دراهم بطلت الشركة، قال ابن المنذر(٢٣): أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض إذا شرط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة، وممن حفظنا ذلك عنه: مالك والأوزاعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، والجواب فيما لو قال لك نصف الربح إلا عشرة دراهم أو نصف الربح وعشرة دراهم كالجواب فيما إذا شرط دراهم مفردة، وإنما لم يصح ذلك لمعنيين: **أحدهما:** أنه إذا شرط دراهم معلومة احتمل أن لا يربح غيرها، فيحصل على جميع الربح، واحتمل أن لا يربحها فيأخذ من رأس المال جزءًا، وقد يربح كثيرًا فيستضر من شرطت له الدراهم، **والثاني:** أن حصة العامل ينبغي أن تكون معلومة بالأجزاء لما تعذر كونها معلومة بالقدر فإذا جهلت

الفصل الثاني: إن الربح جميعه لرب المال، لأنه نماء ماله وإنما يستحق العامل بالشرط، فإذا فسدت المضاربة فسد الشرط فلم يستحق به شيئًا ولكن له أجر مثله، نص عليه، وهو مذهب الشافعي، واختار الشريف أبو جعفر أن الربح بينهما على ما شرط له واحتج بما روى عن أحمد أنه قال: إذا اشتركا في العروض قسم الربح على ما شرطا، قال: وهذه شركة فاسدة، واحتج بأنه عقد يصح مع الجهالة فيثبت المسمى في فاسده كالنكاح، قال: والأجر له وجعل أحكامها كأحكام الصحيحة، وقد ذكرنا ذلك، قال القاضي أبو يعلى: والمذهب ما حكينا، وكلام أحمد محمول على أنه صحح الشركة بالعروض، وحكى عن مالك أنه يرجع إلى قراض المثل، وحكى عنه إن لم يربح فلا أجر له، ومقتضى هذا أنه إن ربح فله الأقل مما شرط له أو أجر مثله، وعن أحمد مثل ذلك، لأن الأجرة إن كانت أكثر فقد رضى بإسقاط الزائد منها عن المسمى لرضائه به، وإن كانت أقل لم يستحق أكثر منها لفساد التسمية بفساد العقد، لأنه لو استحق أجر المثل لتوسل إلى فساد العقد وأدى إلى الخسران، والمشهور الأول، لأن تسمية الربح من توابع المضاربة أو ركن من أركانها، فإذا فسدت فسدت أركانها وتوابعها كالصلاة، ونمنع وجوب المسمى في النكاح الفاسد، وإذا لم يجب له المسمى وجب أجر المثل، لأنه إنما عمل ليأخذ المسمى، فإذا لم يحصل له وجب رد عمله إليه وهو متعذر

---

(٢٣) انظر الإجماع (ص ١١١).

الأجزاء فسدت كـما لو جهل القدر فيـما يشترط أن يكون معلومًا به، ولأن العـامل متى شرط لنفسه دراهم ربما توانى فى طلب الربح لـعدم فائدته فيه وحصول نفعه لـغيره، بخلاف ما إذا كان له جزءًا من الربح.

فــصل: وإن دفع إليه ألفـين مضاربة على أن لكل واحد منهـما ربح ألف، أو على أن لأحدهما ربح أحـد الثوبين، أو ربح إحدى السفـرتين، أو ربح تجارته فى شهر أو عـام بعينه ونحو ذلك فـسد الشرط والمضـاربة، لأنه قد يربح فى ذلك العين دون غيـره، وقد يربح فى غيره دونه، فيختص أحدهما بالربح، وذلك يـخالف موضوع الشركة ولا نعلم فى هذا خلافًا، وإن دفع إليه ألفًا وقال: لك ربح نصـفه، لم يجز، وبهذا قال الشافـعى، وقال أبو حنيفة وأبو ثور: يجوز، لأن نصف ربحه هو ربح نصفه، فجاز شرطه، كما لو عبر عنه بعبارته الأخرى.

ولنا: أنه شرط لأحـدهما ربح بعض المـال دون بعض، وكذلك جعل الآخـر، فلم يجز كمـا لو قال: لك ربح هذه الخـمسمـائة، ولأنه يمكن أن يفرد نصف المـال فيربح فـيه دون النصف الآخر، بخلاف نصف الربح، فإنه لا يؤدى إلى انفراده بربح شىء من المال.

٨٣٢- **مـسألة:** قال: **(والمضارب إذا باع بنسيئة بغـير أمر ضمن فى إحدى الروايتين، والأخرى: لا يضمن).**

وجملته: أن المضارب وغيره من الشركاء إذا نص له على التصرف فقال: نقدًا أو نسيئة،

فتجب قيمتـه وهى أجر مثله، كما لو تبايعا فاسدًا وتقابضا وتـلف أحد العوضين فى يد قابضه وجب رد بدله، فـعلى هذا له أجر المـثل سواء ظهر فـى المال ربح أو لم يظهـر، فإن رضى المضارب بالعمل بغير عوض مـثل أن يقول: قارضتك والربح كله لى، فالصحيح أنه لا شىء للمضارب ههنا، لأنه تبـرع بعمله أشبه ما لو أعانه فى شىء أو توكل له بغـير جعل أو أخذ له بضاعة.

الفـصل الـثـالث: أن لا يضمن ما تلف بغـير تعديه وتفريطه، لأن ما كان المـقبوض فى صحيحه مضـمونًا كان مضمونًا فى فاسده، وما لم يضمن فى صحـيحه لم يضمن فى فاسده، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو يوسف ومحمد: يضمن.

ولنا: أنه عقد لا يضمن ما قبضه فى صحيـحه فلا يضمن فى فاسده كالوكالة، ولأنها إذا فسدت صارت إجارة، ولا يضمن الأجير ما تلف بغير فعله ولا تعديه كذلك ههنا.

33- **مـسألة: (وإن شرطا تأقيت المضاربة فهل تفسد؟ على روايتين).**

وتأقيتـها أن يقول: ضاربتك عـلى هذه الدراهم سنة، فإذا مضت السنة فلا تبـع ولا تشتر **إحداهـما:** يصح، قال مهنا: سألت أحمد عن رجل أعطى رجلاً ألفًا مضاربة شهرًا فإذا مضى شهر تكون قـرضًا؟ قال: لا بأس به، قلت: فإذا جـاء الشهر وهى متاع؟ قـال: إذا باع المتاع يكون قرضًا، وهذا قول أبى حنيفة، **والثانية:** لا يصح، وهو قول الشافعى ومالك واختيار أبى

أو قال: بنقد البلد أو ذكر نقداً غيره جاز، ولم تجز مخالفته، لأنه متصرف بالإذن فلا يتصرف فى غير ما أذن له فيه كالوكيل، ولأن ذلك لا يمنع مقصود المضاربة، وقد يطلب بذلك الفائدة فى العادة، وإن أطلق فلا خلاف فى جواز البيع حـالاً، وفى البيع نسيئة روايتان: **إحـداهمـا:** ليس له ذلك، وهو قول مـالك وابن أبى ليلى والشافعى لأنه نائب فى البيع فلم يـجز له البيع نسيئة بغير إذن صريح فيه كالوكيل، وذلك لأن النائب لا يجوز له التصرف إلا على وجه الحظ والاحتياط، وفى النسيـئة وتغرير المال، وقرينة الحال تقيد مطلق الكلام فيصـير كأنه قال: بعه حالاً، **والثانـية:** أنه يجوز له البيع نَسَاء، وهو قول أبى حنيفة واختيار ابن عقيل، لأن إذنه فى التجـارة والمضاربة ينصرف إلى التـجارة المعتـادة، وهذا عادة التجار، ولأنه يقـصد به الربح والربح في النَّسَاء أكثر، ويفارق الوكالة المطلقة فإنهـا لا تختص بقصد الربح، وإنما المقصود تحصيل الثمن فحسب، فإذا أمكن تحصيله من غير خطر كان أولى، ولأن الوكالة المطلقة فى البيع تدل على أن حاجة الموكل إلى الثمن ناجـزة، فلم يجز تأخيره، بخلاف المضاربة، وإن قـال له: اعمل برأيك، فـله البيع نَسَـاء، وكـذلك إذا قال له: تصـرف كـيف شئت، وقـال الشافعى: ليس له البيع نساء فى الموضعين، لأن فيه غرراً، فلم يجز، كما لو لم يقله ذلك.

ولنا: أنه داخل فى عموم لفظه، وقرينة حالـه تدل على رضائه برأيه فى صفات البيع وفى أنواع التجارة، وهذا منها، فـإذا قلنا: له البيع نَساء، فالبيع صحيح، ومهـما فات من الثمن لا

حفص العكبرى لأمور ثلاثة: **أحدها:** أنه عقد يقع مطلقًا، فإذا شرط قطعه لم يصح كالنكاح، **الثانى:** أنه ليس من مقتضى العقد ولا فيه له مصلحة أشبه إذا شرط أن لا يبيع، وبيان أنه ليس من مقتضى العقد أنه يقتضى أن يكون رأس المال ناضّا، فإذا منعه البيع لم ينض، **الثالث:** أن هذا يؤدى إلى ضرر بالعـامل، لأنه قد يكون الربح والحظ فى تبـقية المـتاع وبيعـه بعد السنة فيمتنع ذلك بمضيها.

ولنا: أنه تصرف يتوقت بنوع من المتاع فجاز توقـيته فى الزمان كالوكالة، والمعنى الأول الذى ذكره يبطل بالوكـالة والوديعة، والثانى والثالث يبطل بتـخصيصه بـنوع من المتاع، ولأن لرب المال منعه من التصرف فى كل وقت إذا رضى أن يأخذ بماله عرضًا، فإذا شرط ذلك فقد شرط ما هو من مقتضى العقد فصح، كما لو قال: إذا انقضت السنة فلا تشتر شيئًا وقد سلموا صحة ذلك.

34- مـسألة: (**وإن قال: بع هذا العرض وضارب بثمنـه أو اقبض وديعتى وضارب بها، أو إذا قدم الحاج فضـارب بهذا، صح فى قولهم جميعًا، ويكون وكـيلاً فى بيع العرض وقبض الوديعة مأذونًا له فى التـصرف مؤتمنًا عليه فجـاز جعله مضاربة، كما لو قـال: اقبض المال من غلامى فضـارب به، وأما إذا قال: إذا قدم الحاج فـضارب بهذا، صح**) لأنه أذن فى التـصرف فجاز تعليقه على شرط مستقبل كالوكالة.

يلزمه ضـمان، إلا أن يفرط ببـيع من لا يوثق به أو من لا يعرفه، فـيلزمه ضمـان الثمن الذى انكسر على المشترى، وإن قلنا: ليس له البيع نَساء فالبيع باطل، لأنه فعل ما لم يؤذن له فيه، فأشبه البيع من الأجنبى، إلا على الرواية التى تقول: يقف بيع الأجنبى على الإجازة، فها هنا مثله، ويحتمل قول الخرقى صحة البيع، فـإنه إنما ذكر الضمان، ولم يذكر فساد البيع، وعلى كل حال يلزم العامل الـضمان، لأن ذهاب الثمن حصل بتـفريطه، فإن قلنا بفسـاد البيع ضمن المبيع بقيمتـه إذا تعذر عليه استرجاعه، إما لتلف المبيع أو امـتناع المشترى من رده إليه، وإن قلنا بصحتـه احتمل إن يضمنه بقـيمته أيضًا، لأنه لم يفت بالبـيع أكثر منها ولا ينحـفظ بتركه سواها، وزيادة الثمن حصلت بتفريطه فلا يضمنها، واحتمل أن يضمن الثمن لأنه وجب بالبيع وفات بتفريط البائع، وإن نقص عن القيمة فـقد انتقل الوجوب إليه، بدليل أنه لو حصل الثمن لم يضمن شيئًا.

فـصل: وليس له السفر بالمال فى أحد الوجهين، وهو مذهب الشافعى، لأن فى السفر تغريرًا بالمال وخطرًا، ولهـذا يروى «إن المسافر وماله لَعَـلَى قَلَت إلا ما وقى الله تعالى»(٢٤) أى هلاك، ولا يجوز له التغرير بالمال بغير إذن مالكه، **والوجه الثانى**: له السفر به إذا لم يكن مخـوفًا، قال القاضى: قـياس المذهب جوازه، بناء عـلى السفر بالوديعة، وهذا قـول مالك،

فـصل: فإن كان فى يد إنسان وديعة فـقال له رب الوديعة: ضارب بها، صح، وهذا قول الشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى وقال الحسن: لا يجوز حتى يقبضها منه قياسًا على الدين.

ولنا: أن الوديعة ملك رب المـال فجاز أن يضاربه عليهـا، كما لو كانت حاضـرة فقال: قارضتك على هذه الألف، وفارق الديــن فإنه لا يصير ملكًا للغريم إلا بقبضــه، فأما إن كانت الوديعة قد تلفت بتفريطه وصارت فى الذمة لم يجز أن يضارب عليها لما نذكره.

فـصل: ولو كان له فى يد غيره مال مغـصوب فضارب الغاصب به صح، لأنه مال لرب المال يصح بيعه لغاصبه ولمن يقدر على أخذه منه فأشبه الوديعة، فإذا ضارب به سقط ضمان الغصب لعقد المضاربة وهو قول أبو حنيفة، وقال القاضى: لا يزول ضمان الغصب إلا بدفعه ثمنًا وهو مذهب الشافعى، لأن القراض لا ينافى الضمان بدليل ما لو تعدى فيه.

ولنا: أنه ممسك للمال بإذن مالك لا يختص بنفعه ولم يتعد فيه فأشبه ما لو قبضه وقبضه إياه.

---

(٢٤) ذكره الألبانى فى الإرواء (١٥٤٥) وقال: ضـعيف جدًا، أخرجه السلفى فى أخبـار أبى العلاء المعرى من طريق المعـرى هذا، وحاله معروف، وكـذا استدل أبو منصور الديلمى فى «مـسند الفردوس» من هذا الوجه من طريق غير طريق المعرى. وقد أنكره النووى فى «شرح المهذب» فقال: ليس هذا خبرًا عن النبى ﷺ وإنما هو من كـلام بعض السلف، قيل: إنه على بن أبى طالب، كـذا فى التلخيص (٣/ ٩٨).

ويحكى ذلك عن أبى حنيفة، لأن الإذن المطلق ينصرف إلى ما جرت به العادة، والعادة جارية سفرًا وحضرًا، ولأن المضاربة مشتقة من الضرب فى الأرض فملك ذلك بمطلقها، وهذان الوجهان فى المطلق، فأما إن أذن فى السفر أو نهى عنه أو وجدت قرينة دالة على أحد الأمرين تعين ذلك وثبت ما أمر به، وحرم ما نهى عنه، وليس له السفر فى موضع مخوف على الوجهين جميعًا، وكذلك لو أذن فى السفر مطلقًا لم يكن له السفر فى طريق مخوف، ولا إلى بلد مخوف، فإن فعل فهو ضامن لما يتلف، لأنه متعد بفعل ما ليس له فعله، وإن سافر فى طريق آمن جاز ونفقته فى مال نفسه، وبهذا قال ابن سيرين وحماد بن أبى سليمان، وهو ظاهر مذهب الشافعى، وقال الحسن والنخعى والأوزاعى ومالك وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى: ينفق من المال بالمعروف إذا شخص به عن البلد، لأن سفره لأجل المال، فكانت نفقته منه كأجر الحمال.

ولنا أن نفقته تخصه فكانت عليه كنفقة الحضر وأجر الطبيب وثمن الطب، ولأنه دخل على أنه يستحق من الربح الجزء المسمى، فلا يكون له غيره، ولأنه لو استحق النفقة أفضى إلى أن يختص بالربح إذا لم يربح سوى ما أنفقه، فأما إن اشترط له النفقة فله ذلك، وله ما قدر له من مأكول وملبوس ومركوب وغيره، قال أحمد فى رواية الأثرم: أحب إلى أن يشترط نفقة محدودة، وإن أطلق صح، نص عليه، وله نفقته من المأكول ولا كسوة له، قال أحمد:

35- **مسألة: (وإن قال: ضارب بالدين الذى عليك، لم يصح)** نص عليه أحمد، وهو قول أكثر أهل العلم، قال ابن المنذر(1): أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أنه لا يجوز أن يجعل الرجل دينًا له على رجل مضاربة، وممن حفظنا ذلك عنه، عطاء والحكم وحماد ومالك والثورى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى، وبه قال الشافعى، وقال بعض أصحابنا: يحتمل أن يصح، لأنه إذا اشترى شيئًا للمضاربة فقد اشتراه بإذن رب المال ودفع الثمن إلى من أذن له فى دفع ثمنه إليه فتبرأ ذمته منه، ويصير كما لو دفع إليه عرضًا، وقال: بعه وضارب بثمنه، وجعل أصحاب الشافعى مكان هذا الاحتمال أن الشراء لرب المال وللمضارب أجر مثله، لأنه علقه على شرط، ولا يصح عندهم تعليق القراض بشرط، والمذهب الأول، لأن المال الذى فى يدى من عليه الدين له، وإنما يصير لغريمه بقبضه ولم يوجد القبض ههنا، فإن قال له: اعزل المال الذى لى عليك، وقد قارضتك عليه ففعل واشترى بعين ذلك المال شيئًا للمضاربة وقع الشراء له، لأنه اشترى لغيره بمال نفسه فحصل الشراء له، وإن اشترى فى ذمته فكذلك، لأنه عقد القراض على ما لا يملكه وعلقه على شرط لا يملك به المال.

فصل: ومن شرط صحة المضاربة كون رأس المال معلوم المقدار، فإن كان مجهولاً

---

(1) ينظر فى الإجماع لابن المنذر.

إذا قال له نفقته فإنه ينفق، قيل له: فيكتسى، قال: لا إنما له النفقة، وإن كان سفره طويلاً يحتاج إلى تجديد كسوة، فظاهر كلام أحمد: جوازها، لأنه قيل له: فلم يشترط الكسوة إلا أنه فى بلد بعيد وله مقام طويل يحتاج فيه إلى كسوة؟ فقال: إذا أذن له فى النفقة فعل ما لم يحمل على مال الرجل، ولم يكن ذلك قصده، هذا معناه، وقال القاضى وأبو الخطاب: إذا شرط له النفقة فله جميع نفقته من مأكول أو ملبوس بالمعروف، وقال أحمد: ينفق على معنى ما كان ينفق على نفسه غير متعد بالنفقة ولا مضر بالمال، ولم يذهب أحمد إلى تقدير النفقة، لأن الأسعار تختلف، وقد تقل وتكثر، فإن اختلفا فى قدر النفقة، فقال أبو الخطاب: يرجع فى القوت إلى الإطعام فى الكفارة، وفى الكسوة إلى أقل ملبوس مثله، فإن كان معه مال لنفسه مع مال المضاربة أو كان معه مضاربة أخرى أو بضاعة لآخر فالنفقة على قدر المالين، لأن النفقة إنما كانت لأجل السفر، والسفر للمالين، فيجب أن تكون النفقة مقسومة على قدرهما إلا أن يكون رب المال قد شرط له النفقة مع علمه بذلك، ولو أذن له فى السفر إلى موضع معين أو غير معين ثم لقيه رب المال فى السفر إما بذلك الموضع أو فى غيره وقد نض المال، فأخذ ماله فطالبه العامل بنفقة الرجوع إلى بلده لم يكن له لأنه إنما يستحق النفقة ما داما فى القراض وقد زال، فزالت النفقة، ولذلك لو مات لم يجب تكفينه، وقد قيل: له ذلك لأنه كان شرط له نفقة ذهابه ورجوعه وغيره بتسفيره إلى الموضع الذى أذن له فيه معتقداً أنه مستحق للنفقة ذاهبًا وراجعًا، فإذا قطع عنه النفقة تضرر بذلك.

جزافًا لم تصح وإن شاهداه، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو ثور وأصحاب الرأى: تصح إذا شاهداه، والقول قول العامل مع يمينه فى قدره، لأنه أمين رب المال، والقول قوله فيما فى يده فقام ذلك مقام المعرفة به.

ولنا: أنه مجهول فلم تصح المضاربة به، كما لو لم يشاهداه، ولأنه لا يدرى بكم يرجع عند المفاضلة ويفضى إلى المنازعة والاختلاف فى مقداره فلم تصح، كما لو كان فى الكيس، وما ذكروه يبطل بالسلم وبما إذا لم يشاهده.

فصل: ولو أحضر كيسين فى كل واحد منهما مال معلوم المقدار وقال: قارضتك على أحدهما، لم يصح، سواء تساوى ما فيهما أو اختلف، لأنه عقد تمنع صحته الجهالة فلم يجز على غير معين كالبيع.

36- مسألة: (وإن أخرج مالاً ليعمل فيه هو وآخر والربح بينهما صح) ذكره الخرقى ونص عليه أحمد فى رواية أبى الحارث، وتكون مضاربة، لأن غير صاحب المال يستحق المشروط له من الربح يعمله فى مال غيره وهذا حقيقة المضاربة، وقال أبو عبد الله بن حامد والقاضى وأبو الخطاب: إذا شرط أن يعمل معه رب المال لم يصح، وهذا مذهب مالك والشافعى والأوزاعى وأصحاب الرأى وأبى ثور، وابن المنذر قال: ولا تصح المضاربة حتى

فـــصل: وحكم المضـارب حكم الوكيل فى أنه ليس له أن يبيـع بأقل من ثمن المثل ولا يشترى بأكثر منه مـما لا يتغابن الناس بمثله فإن فعل فقـد روى عن أحمد: أن البيع يصح، ويضمن النـقص، لأن الضرر ينجبـر بضان النقص، والقـياس: أن البيع بـاطل، وهو مذهب الشافعى، لأنه بيع لم يؤذن له فـيه، فأشبه بيع الأجنبى، فعلى هذا إن تعـذر رد المبيع ضمن النقص أيضًا، وإن أمكن رده وجب رده إن كان باقيًا أو قيمته إن كان تالفًا، ولرب المال مطالبة من شاء من العـامل أو المشتـرى فإن أخذ من المـشترى قـيمتـه رجع المشتـرى على العامل بالثمن، وإن رجع على العـامل بقيمته رجع العـامل على المشترى بهـا ورد عليه الثمن، لأن التلف حصل فى يده، وأما ما يتـغابن الناس بمثله فغير ممنوع فـيه، لأنه لا يمكن التحرز منه وأما إذا اشترى بأكثـر من ثمن المثل بعين المال فهو كالبيع، وإن اشـترى فى الذمة لزم العامل دون رب المال، إلا أن يجيزه، فيكون له، هذا ظاهـر كلام الخرقى، وقال القاضى: إن أطلق الشراء ولم يذكر رب المال فكذلك، وإن صرح للبائع أننى اشتريته لفلان، فالبيع باطل أيضًا.

فـصل: وهل له أن يبيع ويشترى بغيـر نقد البلد؟ على روايتين: الأولى: جـوازه إذا رأى المصلحة فـيه والربح حاصل به، كما يجـوز أن يبيع عرضًا بعرض ويشـتريه به، فإن قلنا: لا يملك ذلك فـفعله فحكمـه حكم ما لو اشـترى أو باع بغيـر ثمن المثل، وإن قـال له: اعمل برأيك، فله ذلك، وهل له الزراعـة؟ يحتـمل أن لا يملك ذلك، لأن المـضاربة لا يفـهم من

يسلم المال إلى العامل ويخلى بينه وبينه، ولأن المضاربة تقتضى تسليم المال إلى المضارب، فإذا شرط عليه العمل فيه فلم يسلمه فيخالف موضوعها، وتأول القاضى كلام أحمد والخرقى على أن رب المال عمل فيـه من غير اشتراط، والأول أظهر، لأن العـمل أحد ركنى المضاربة فجاز أن ينفرد به أحدهما مع وجود الأمرين من الآخـر كالمال، وقولهم: إن المضاربة تقتضى تسليم المال إلى العامل، ممنـوع، إنما تقتضى إطلاق التصرف فى مال غيـره بجزء مشاع من ربحه، وهذا حاصل مع اشتراكهمـا فى العمل، ولهذا لو دفع ماله إلى اثنين مضاربة صح ولم يحصل تسليمه إلى أحدهما.

فـصل: وإن شرط أن يعمل معه غلام رب المال، صح، وهذا ظاهر كلام الشافعى وقول أكثر أصحابه، ومنعه بعضهم وهو قول القاضى، لأن يد الغلام كيد سيده، وقال أبو الخطاب: فيه وجهان: **أحدهما:** الجواز، لأن عمل الغلام مال لسيده فصح ضمه إليه كما يصح أن يضم إليه بهيمته يحمل عليها، **والثانى:** لا يجوز لأن يد العبد كيد سيده.

فـــصل: وإن اشتـرك مالان ببدن صاحب أحـدهما فهـذا يجمع شركة ومـضاربة وهو صـحيح، فلو كان بين رجلين ثلاثة آلاف درهم لأحـدهما ألف وللآخر ألفـان فأذن صاحب الألفين لـصاحب الألف أن يتصـرف فيـه على أن يكون الربح بينهـما نصفـين صح، ويكون لصاحب الألف ثـلث الربح بحق ماله والبـاقى وهو ثلثا الربح بينهـما لصاحب الألـفين ثلاثة

إطلاقها المزارعة، وقد روى عن أحمد رحمه الله فيمن دفع إلى رجل ألفًا وقال: اتجر فيها بما شئت فزرع فربح فيه فالمضاربـة جائزة والربح بينهما، قال القاضى: ظاهر هذا: أن قوله اتجر بما شئت دخلت فيه المزارعة، لأنها من الوجوه التى يبتغى بها النماء وعلى هذا لو تَوَى[٢٥]، المال كله فى المزارعة لم يلزمه ضمانه.

أرباعها وللعامل ربعه، وذلك ولأنه جعل له نصف الربح فجعلناه ستة أسهم منها ثلاثة للعامل حصة ماله سهمان وسهم يستحقه بعمله فى مال شريكه وحصة مال شريكه أربعة أسهم للعامل سهم وهو الربع، **فإن قيل:** فكيف تجوز المضاربة ورأس المال مشاع؟ **قلنا:** إنما تمتنع الإشاعة الجواز إذا كانت مع غير العامل، لأنها تمنعه من التصرف بخلاف ما إذا كانت مع العامل فإنها لا تمنعه من الـتصرف فـلا تمنع صحة المـضاربة، وإن شرط للعـامل ثلث الربح فقط فـمال صاحبه بضاعة فى يده وليست مضاربة لأن المضاربة إنما تحصل إذا كان الربح بينهما، فأما إذا قال: ربح مالك لك وربح مالى لى فقبل الآخر كان إبضـاعًا لا غير، وبهذا كله قال الشافعى، وقال مالك: لا يجوز أن يضم إلى القراض شركة كما لا يجوز أن يضم إليه عقد إجارة.

ولنا: أنهما لم يجعلا أحد العقدين شرطًا للآخـر فلم يمنع من جمعهما كما لو كان المال متميزًا.

فــصل: إذا دفع إليه ألفًا مضاربة وقال: أضف إليـه ألفًا من عندك واتجر بهما والربح بيننا لك ثلثاه ولى ثلثه جاز وكان شركة وقراضًا، وقال أصحاب الشافعى: لا يجوز ، لأن الشركة إذا وقعت على المال كان الربح تابعًا له دون العمل.

ولنا: أنهما تساويا فى المـال وانفرد أحدهما بالعمل فجـاز أن ينفرد بزيادة الربح، كما لو لم يكن له مال، قـولهم: إن الربح تابع للمال وحده، مـمنوع، بل تابع لهما كمـا أنه حاصل بهما، فإن شـرط غير العامل لنفسه ثلثى الربح لم يجز، وقـال القاضى: يجوز بناء على جواز تفاضلهما فى شركة العنان.

ولنا: أنه شـرط لنفسـه جزءًا من الربح لا مقـابل له فلم يصح، كـما لو شـرط ربح مال العامل المـنفرد، وفارق شـركة العنان، لأن فـيها عـملاً منهـما فجـاز أن يتفـاضلا فى الربح لتفاضلهما فى العـمل بخلاف مسألتنا، وإن جعلا الربح بينهما نصفـين ولم يقولا مضاربة جاز وكان إبضاعًا كما تقدم، وإن قالا: مضاربة فسد العقد لما ذكرنا.

فــصل: وقد ذكرنا أن حكم المضـاربة حكم الشركة فيما للعـامل أن يفعله أو لا يفعله، والذى اختلف فيه فى حق الشريك فكذلك فى حق عـامل المضاربة، وهل له أن يبيع نَسَاء إذا لم ينه عنه؟ فيه روايتان: **إحداهـما:** ليس له ذلك، وبه قال مالك وابن أبى ليلى والشافعى، لأنه نائب فى البـيع فلم يجز له ذلك بغـير إذن كالوكـيل، يحقق ذلك أن النائـب لا يجوز له

---

(٢٥) تَوِيَ المال: هلك.

فصل: وله أن يشترى المعيب إذا رأى المصلحة فيه ، لأن المقصود الربح، وقد يكون الربح فى المعيب، فإن اشتراه يظنه سليمًا فبان معيبًا فله فعل ما يرى المصلحة فيه من رده بالعيب أو إمساكه وأخذ أرش العيب، فإن اختلف العامل ورب المال فى الرد فطالبه أحدهما

التصرف إلا على وجه الحظ والاحتياط، وفى النسيئة تغرير بالمال، **والثانية:** يجوز له ذلك، وهو قول أبى حنيفة، واختيار ابن عقيل، لأن إذنه فى التجارة والمضاربة ينصرف إلى التجارة المعتادة، وهذا عادة التجار، ولأنه يقصد به الربح، والربح فى النَّسَاء أكثر والحكم فى الوكالة ممنوع، ثم الفرق بين الوكالة المطلقة والمضاربة أن الوكالة المقصود منها تحصيل الثمن فحسب ولا تختص بقصد الربح، فإذا أمكن تحصيله من غير خطر كان أولى، ولأن الوكالة المطلقة فى البيع تدل على أن حاجة الموكل إلى الثمن ناجزة فلم يجز تأخيره بخلاف المضاربة، فإن قال له: اعمل برأيك أو تصرف كيف شئت فله البيع نَساء، وقال الشافعى: ليس له ذلك، لأن فيه تغريرًا أشبه ما لو لم يقل له ذلك.

ولنا: أنه داخل فى عموم لفظه، وقرينة حاله تدل على رضاه برأيه فى صفات البيع وفى أنواع التجارة وهذا منها، فإذا قلنا: له البيع نَسَاء فالبيع صحيح ومهما فات من الثمن لا يضمنه إلا أن يفرط ببيع من لا يوثق به أو من لا يعرفه فيضمن الثمن المنكسر على المشترى، وإن قلنا: ليس له البيع نَسَاء فالبيع باطل، لأنه فعل ما لم يؤذن له فيه فهو كالبيع من الأجنبى إلا على الرواية التى تقول: يقف بيع الأجنبى على الإجازة فههنا مثله، ويحتمل كلام الخرقى صحة البيع فإنه قال: إذا باع المضارب نَسَاء بغير إذن ضمن ولم يذكر فساد البيع، وعلى كل حال يلزم العامل الضمان، لأن ذهاب الثمن حصل بتفريطه، وإن قلنا بفساد البيع ضمن المبيع بقيمته إذا تعذر عليه استرجاعه بتلف المبيع أو امتناع المشترى من رده إليه، وإن قلنا بصحته احتمل أن يضمنه بقيمته أيضًا، لأنه لم يفت بالبيع أكثر منها ولا ينحفظ بتركه سواها وزيادة الثمن حصلت بتفريطه فلا يضمنها، واحتمل أن يضمن الثمن، لأنه وجب بالبيع وفات بتفريط البائع، فعلى هذا إن نقص عن القيمة فقد انتقل الوجوب إليه بدليل أنه لو حصل الثمن لم يضمن شيئًا.

فصل: وهل له السفر بالمال؟ فيه وجهان: **أحدهما:** ليس له ذلك، وهو مذهب الشافعى لأن فى السفر تغريرًا بالمال وخطرًا، ولهذا يروى: أن المسافر وما معه على قلت إلا ما وقى الله، أى: هلاك ولا يجوز له التغرير بالمال بغير إذن مالكه، **والثانى:** له السفر إذا لم يكن مخوفًا، قال القاضى: قياس المذهب جوازه بناء على السفر بالوديعة، وهو قول مالك وحكى عن أبى حنيفة لأن الإذن المطلق ينصرف إلى ما جرت به العادة، والعادة جارية بالتجارة سفرًا أو حضرًا، ولأن المضاربة مشتقة من الضرب فى الأرض فملك ذلك بمطلقها، وهذان الوجهان فى المطلق، فأما إن أذن فيه أو نهى عنه أو وجدت قرينة دالة على أحد الأمرين تعين

وأباه الآخر فعل ما فيه النظر والحظ، لأن المقصود تحصيل الحظ، فيحتمل الأمر على ما فيه الحظ، وأما الشريكان إذا اختلفا فى رد المعيب فلطالب الرد رد نصيبه وللآخر إمساك نصيبه، إلا أن يكون البائع لم يعلم أن الشراء لهما جميعًا، فلا يلزمه قبول رد بعضه، لأن ظاهر الحال أن العقد لمن وليه، فلم يجز إدخال الضرر على البائع بتبعيض الصفقة عليه، ولو أراد الذى ولى العقد رد بعض المبيع وإمساك البعض كان حكمه حكم ما لو أراد شريكه ذلك على ما فصلناه.

ذلك وجاز مع الإذن وحرم مع النهى، وليس له السفر فى موضع مخوف على كلا الوجهين، وكذلك لو أذن له فى السفر مطلقًا لم يكن له السفر فى طريق مخوف ولا إلى بلد مخوف، فإن فعل فهو ضامن لما يتلف، لأنه تعدى بفعل ما ليس له فعله.

فصل: وليس للمضارب البيع بدون ثمن المثل ولا أن يشترى بأكثر منه مما لا يتغابن الناس بمثله، فإن فعل فقد روى عن أحمد: أن البيع يصح ويضمن النقص كالوكيل، ولأن الضرر ينجبر بضمان النقص، قال شيخنا: والقياس بطلان البيع، وهو مذهب الشافعى، لأنه بيع لم يؤذن فيه أشبه بيع الأجنبى، فعلى هذا إن تعذر رد المبيع ضمن النقص أيضًا وإن أمكن رده وجب إن كان باقيًا أو قيمته إن تلف ولرب المال مطالبة من شاء من العامل والمشترى، فإن أخذ من المشترى قيمته رجع المشترى على العامل بالثمن، وإن رجع على العامل بقيمته رجع العامل على المشترى بها ورد عليه الثمن، لأن التلف حصل فى يده، أما ما يتغابن الناس بمثله فلا يمنع منه، لأنه لا يمكن التحرز منه، وأما إذا اشترى بأكثر من ثمن المثل بعين المال فهو كالبيع، وإن اشترى فى الذمة لزم العامل دون رب المال إلا أن يجيزه فيكون له، هذا ظاهر كلام الخرقى، وقال القاضى: إن أطلق الشراء ولم يذكر رب المال فكذلك، وإن صرح للبائع إنى أشتريه لفلان فالبيع باطل أيضًا.

فصل: وهل له أن يبيع ويشترى بغير نقد البلد؟ على روايتين أصحهما جوازه إذا رأى المصلحة فيه والربح حاصل به، كما يجوز أن يبيع عرضًا بعرض ويشتريه به، فإن قلنا: لا يملك ذلك ففعل فحكمه حكم ما لو اشترى أو باع بغير ثمن المثل، وإن قال: اعمل برأيك، فله ذلك، وهل له المزارعة؟ يحتمل أن لا يملكها، لأن المضاربة لا يفهم من إطلاقها المزارعة، وقد روى عن أحمد رحمه الله فيمن دفع إلى رجل ألفًا وقال: اتجر فيها بما شئت، فزرع زرعًا فربح فيه فالمضاربة جائزة والربح بينهما، قال القاضى: ظاهر هذا أن قوله اتجر بما شئت دخلت فيه المزارعة، لأنها من الوجوه التى يبتغى بها النماء، فعلى هذا لو توى المال فى المزارعة لم يلزمه ضمانه.

فصل: وله أن يشترى المعيب إذا رأى المصلحة فيه، لأن المقصود الربح وقد يكون الربح فى المعيب فإن اشتراه يظنه سليمًا فبان معيبًا فله فعل ما يرى فيه المصلحة من رده أو

فـصل: وليس له أن يشترى من يعتق على رب المال بغير إذنه، لأن عليه فيه ضررًا، فإن اشتراه بإذن رب المال صح، لأنه يجوز أن يشتريه بنفسه، فإذا أذن لغيره فيه جاز، ويعتق عليه وتنفسخ المضاربة فى قدر ثمنه، لأنه قد تلف ويكون مـحسوبًا على رب المال، فإن كان ثمنه كل المال انفسخت المضاربة، وإن كان فى المال ربح جعل العامل بحصته منه، وإن كان بغير إذن رب المال احتمل أن لا يصح الشراء إذا كان الثمن عينًا، لأن العامل اشترى ما ليس له أن يشتريه، فكان بمنزلة ما لو اشترى شيئًـا بأكثر من ثمنه، ولأن الإذن فى المضاربة إنما ينصرف إلى ما يمكن بيعه والربح فيه فلا يتناول غير ذلك وإن كان اشتراه فى الذمة وقع الشراء للعاقد، وليس له دفع الثمن من مال الـمضاربة، وإن فعل ضمن، وبهذا قـال الشافعى وأكثر الفـقهاء، وقال القاضى: ظاهر كلام أحمد صحة الشراء، لأنه مال متقوم قابل للعقود، فصح شراؤه كما لو اشتـرى من نذر رب المال إعتاقـه، ويعتق على رب المال وتنفـسخ المضاربة فـيه، ويلزم العامل ضمانه على ظاهـر كلام أحمد، علم بذلك أو جهل، لأن مال المضـاربة تلف بسببه، ولا فرق فى الإتلاف الموجب للضمان بين العلم والجهل، وفـيما يضمنه وجهان: **أحدهـما:** قيمته، لأن الملك ثبت فيه ثم تلف، فأشبه ما لو أتلفه بفعله، **والثانى:** الثمن الذى اشتراه به، لأن التفريط منه حصل بالشراء وبذل الثمن فيما يتلف بالشراء، فكان عليه ضمان ما فرط فيه،

إمساكه وأخذ الأرش فإن اختلف العامل ورب المال فى الرد فطلبه أحدهما وأباه الآخر فعل ما فيه النظر والحظ، لأن المقـصود تحصيله فيحمل الأمر على ما فـيه الحظ، وأما الشريكان إذا اختلفا فى رد المـعيب فلطالب الرد رد نصيبـه وللآخر إمساك نصيبـه إلا أن لا يعلم البائع أن الشراء لهمـا فلا يلزمه قبول رد بعـضه، لأن ظاهر الحال أن العقد لمن وليـه فلم يجز إدخال الضرر على البائع بتـبعيض الصفقـة عليه، ولو أراد الذى ولى العقد رد بعض المبـيع وإمساك البعض فإن حكمه حكم ما لو أراد شريكه ذلك على ما فصلناه.

فـصل: قال الشيخ رحمه الله: **(وليس للعامل شراء من يعتق على رب المال)** لأن فيه ضررًا ولأنه لا حظ للتجارة فـيه، فإن اشتراه بإذن رب المال صح، لأنه يصح شـراؤه بنفسه فإذا أذن لغيره فيه جاز ويعتق عليه وتنفـسخ المضاربة فى قدر ثمنه وإن كان فى المال ربح رجع العامل بحصتـه منه فإن كان بغير إذن رب المـال احتمل أن لا يصح الشراء إذا كـان الثمن عينًا، لأن العامل اشتـرى ما ليس له أن يشتريه فهو كـما لو اشترى شيئًـا بأكثر من ثمنه، ولأن الإذن فى المضاربة إنمـا ينصرف إلى ما يمكن بيعـه والربح فيه وليس هذا كذلك، وإن كـان اشتراه فى الذمة وقع الشراء للعـاقد وليس له دفع الثمن من مال المضاربة، فـإن فعل ضمن، وهذا قول الشافعى وأكثـر الفقهاء، وقال القاضى: ظاهر كـلام أحمد صحة الشراء لأنه مال مـتقوم قابل للعقـود فصح شراؤه كمـا لو اشترى من نذر رب المال عـتقه ويعتق على رب المـال وتنفسخ المضـاربة فيه ويلزم العـامل الضمان على ظاهر كـلام أحمد، علم بذلك أو جـهل، لأن مال

ومتى ظهر فـي المال ربح فللعامل حصـته منه، وقال أبو بكر: إن لم يكن العامل عـالمًا بأنه يعتق على رب المال لم يضمن، لأن التلف حصل لمعنى فى المبيع لم يعلم به المشترى، فلم يضمن كما لو اشترى معيًا لم يعلم بعيبه فتلف به قال: ويتوجه أن لا يضمن وإن علم.

فـصل: وإن اشترى امرأة رب المال صح الشراء وانفسخ النكاح، فإن كان قبل الدخول فهل يلزم الـزوج نصف الصداق؟ فيـه وجهان، ذكـرناهما فى غـير هذا الموضـع، فإن قلنا: يلزمه، رجع به على العامل، لأنه سـبب تقريره عليه فرجع عليه كما لو أفـسدت امرأة نكاحه بالرضاع، إن اشترى زوج ربة المال صح الشراء وانفـسخ النكاح، لأنها ملكت زوجها، وبهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعى: لا يصح الشراء إذا كان بغير إذنها، لأن الإذن إنما يتناول شراء ما لها فـيه حظ، وشراء زوجها يَـضُرُّ بها، لأنه يفسخ نكاحهـا وَيَضُرُّ بها، ويسقط حـقها من النفقة والكسوة فلم يصح كشراء ابنها.

ولنا: أنه اشترى ما يمكن طلب الربح فيه، فجاز كـما لو اشترى أجنبيًا، ولا ضمان على العامل فيـما يفوت من المهر ويسـقط من النفقة، لأن ذلك لا يعود إلى المـضاربة، وإنما هو بسبب آخر، ولا فرق بين شرائه فى الذمة أو بعين المال.

المضاربة تلف بسببه، ولا فرق فى الإتلاف الموجب للضمان بين العلم والجهل ويضمن قيمته فى أحد الوجهين، لأن الملك ثبت فيه ثم تلف أشبه ما لو أتلفه بفعله، **والثانى**: يضمن الثمن الذى اشتـراه به، لأن التفريط منه حـصل بالشراء وبذل الثمن فـيما يتلف بالشـراء فكان عليه ضمان ما فرط فيه، ومتى ظهـر فى المال ربح فللعامل حصته منه، وقال أبو بكر: إن لم يعلم العامل أنه يعتق على رب المال لم يضمن، لأن التلف حصل لمعنى فى المبيع لم يعلم به فلم يضمن، كما لو اشترى معيبًا لم يعلم عيبه فتلف به، قال: ويتوجه أن لا يضمن وإن علم.

37- مسألة: (وإن اشترى امرأته صح وانفسخ نكاحهما) .

لأنه ملكها فإن كان قبل الدخول فهل يلزم الزوج نصف الصداق؟ فيه وجهان يذكران فيما بعد ـ إن شاء الله تعالى ـ فإن قلنا: يلزمه، رجع به على العامل، لأنه سبب تقريره عليه فرجع عليه كمـا لو أفسدت امرأة نكاحـه بالرضاع، وإن اشترى زوج ربة المـال صح وانفسخ النكاح لأنها مـلكت زوجها، وهـذا قول أبى حنيـفة، وقال الشـافعى: لا يصح الشـراء إلا أن يكون بإذنها، لأن الإذن إنما يتناول شراء ما لها فيـه حظ، وهذا الشراء يضر بها، لأنه يفسخ نكاحها وتسقط حصتها من النفقة والكسوة فلم يصح كشراء أبيها.

ولنا: أنه اشتـرى ما يمكن طلب الربح فيه فـجاز كما لو اشـترى أجنبيًا ولا ضـمان على العامل فـيما يفوت من المـهر ويسقط من النفـقة، لأن ذلك لا يعود إلى المضـاربة وإنما هو بسبب آخر، ولا فرق بين شرائه فى الذمة أو بعين المال.

فـصل: **وإن اشترى المأذون له من يعتق على رب المال بإذنه صح وعتق،** فإن كان على المأذون له دين يستغـرق قيمته وما فى يده وقلنا: يتـعلق الدين برقبته، فعليه دفع قيـمة العبد الذى عتق إلى الغـرماء، لأنه الذى أتلف عليهم بالعـتق، وإن نهاه عن الشراء فـالشراء باطل، لأنه يملكه بالإذن وقـد زال بالنهى، وإن أطلق الإذن، فقال أبو الـخطاب: يصح شراؤه، لأن من صح أن يشتريه السيد صح شراء المأذون له كالأجنبى، وهذا قول أبى حنيفة إذا أذن له فى التجـارة ولم يدفع إليه مالاً، وقـال القاضى: لا يصح، لأن فيـه إتلافًا على السيـد، فإن إذنه يتناول ما فيه حظ، فلا يدخل فيه الإتلاف، وفارق عامـل المضاربة، لأنه يضمن القمية فيزول الضرر، وللشـافعى قـولان كالوجهـين، وإن اشترى امـرأة رب المال أو زوج ربة المـال فهل يصح؟ على وجهين أيضًا كشراء من يعتق بالشراء.

فـصل: **وإن اشترى المضـارب من يعتق عليه صح الشراء،** فإن لم يكن ظهـر فى المال ربح لم يعتق منه شىء، وإن ظهر فـيه ربح ففيه وجهان مبنيـان على العامل متى يملك الربح؟ فإن قلنا: يملكه بالقـسمة، لم يعتق منه شـىء لأنه ما ملكه، وإن قلنا: يملكه بالظهور، فـفيه وجهـان: **أحـدهـمـا:** لا يعتق، وهو قول أبى بكر، لأنه لم يتـم ملكه عليه، لأن الربح وقاية

فـصل: **وإن اشترى المأذون له من يعتق على رب المال بإذنه صح وعتق،** فإن كان على المأذون له دين يستغـرق قيمته وما فى يديه وقلنا: يتـعلق الدين برقبته، فعليه دفع قيـمة العبد الذى عتق إلى الغـرماء، لأنه الذى أتلف عليهم بالعـتق، وإن نهاه عن الشراء فـالشراء باطل، لأنه يملكه بالإذن وقد زال بالنهى وإن أطلق الإذن، فقال أبو الخطاب: يصح شراؤه، لأن من يصح أن يشتـريه السيد صح شراء المـأذون له كالأجنبى، وهذا قول أبى حنيـفة إذا أذن له فى التجـارة ولم يدفع إليه مالاً، وقـال القاضى: لا يصح، لأن فيـه إتلافًا على السيـد، فإن إذنه يتناول ما فيـه حظ فلا يدخل يه الإتلاف، وفارق عامل المـضاربة، لأنه يضمن القيمـة فيزول الضرر، وللشـافعى قـولان كالوجهـين، وإن اشترى امـرأة رب المال أو زوج ربة المـال فهل يصح؟ على وجهين أيضًا كشراء من يعتق بالشراء.

38- **مـسألة:** **(وإن اشترى المضارب من يعتق عليه صح الشراء).**

فإن لم يظهر فى المال ربح لم يعتق منه شىء، وإن ظهر فيه ربح ففيه وجهان مبنيان على العامل متى يملك الربح؟ فإن قلنا: يملكه بالقسمة، لم يعتق منه شىء، لأنه مالكه، وإن قلنا: يملكه بالظهور، ففيه وجهان: **أحدهما:** لا يعتق، وهو قول أبى بكر، لأنه لم يتم ملكه عليه لكون الربح وقاية لرأس المال فلم يعتق لذلك، **والثانى:** يعتق بقدر حصته من الربح إن كان معسـرًا ويقوم عليه باقيه إن كـان موسرًا، لأنه ملكه بفعله فـعتق عليه، كما لو اشـتراه بماله، وهذا قول القـاضى، ومذهب أصحـاب أبى حنيفة، لكـن عندهم يستسـعى فى بقيتـه إن كان معـسرًا، ولنا رواية كـقولهم، وإن اشـتراه ولم يظهـر ربح ثم ظهر بعـد ذلك والعبـد باق فى

لرأس المال فلم يـعتق لذلك، والثـانى: يعتق بقدر حصته مـن الربح، إن كان معسرًا، ويقوم عليه باقيه إن كان موسرًا، لأنه ملكه بفعله فيعتق عليه كما لو اشتراه بماله، وهذا قول القاضى ومذهب أصحاب أبى حنيفة، لكن عندهم يستسعى فى بقيته إن كان معسرًا.

ولنا: رواية كقولهم: وإن اشتراه ولم يظهر ربح ثم ظهـر بعد ذلك والعبد باق فى التجارة فهو كما لو كان الربح ظاهرًا وقت الشراء، وقال الشافعى: إن اشتراه بعد ظهور الربح لم يصح فى أحد الوجهين، لأنه يؤدى إلى أن ينجز العامل حقه قبل رب المال.

ولنا: أنهما شريكان فصح شراء كل واحد منهما من يعتق عليه كشريكى العنان.

فصل: وليس له أن يشترى بأكثر من رأس المال، لأن الإذن ما تناول أكثر منه، فإن كان رأس المال ألفًا فاشترى عبدًا بألف ثم اشترى عبدًا آخر بعين الألف فالشراء فاسد، لأنه اشتراه بمال يستحق تسليمه فى البيع الأول، وإن اشتـراه فى ذمته صح الشراء والعبد له، لأنه اشترى فى ذمـته لغيـره ما لم يـأذن له فى شرائه فـوقع له، وهل يقف على إجازة رب المـال؟ على روايتين، ومذهب الشافعى كنحو ما ذكرنا.

فـصل: وليس للمضارب وطء أمة من المضـاربة، سواء ظهر فى المال ربح أو لم يظهر، فإن فعل فـعليه المهر والتعـزير، وإن علقت منه ولم يظهر فى المال ربح فـولده رقيق، لأنها علقت منه فى غير ملك ولا شبهة ملك، ولا تصير أم ولد له كذلك، وإن ظهر فى المال ربح فالولد حر وتصير أم ولد له وعليـه قيمتها ونحو هذا قال سفيـان وإسحاق، وقال القاضى: إن لم يظهر ربح فعليـه الحد، لأنه وطئ فى غير ملك ولا شبهة ملـك، والمنصوص عن أحمد:

التجارة فهو كما لو كان الربح ظاهرًا وقت الشـراء، وقال الشافعى: إن اشتراه بعد ظهور الربح لم يصح فى أحد الوجهين، لأنه يؤدى إلى أن ينجز العامل حقه قِبَل رب المال.

ولنا أنهما شريكان فصح شراء كل واحد منهما من يعتق عليه كشريكى العنان.

فصل: وليس للمضارب أن يشترى بأكثر من رأس المال، لأن الإذن ما تناول أكثر منه، فإذا كان رأس المال ألفًا فـاشترى عبدًا بألف ثم اشترى عبدًا آخر بعـين الألف فالشراء فاسد، لأنه اشترى بمال يستحق تسليمه فى البـيع الأول، وإن اشتراه فى ذمته صح الشراء والعبد له، لأنه اشترى فى ذمته لغيره بغير إذنه فى شرائه فوقع له، وهل يقف على إجازة رب المال؟ على روايتين، ومذهب الشافعى كنحو ما ذكرنا.

فـصل: وليس للمضارب وطء أمة المضاربة سواء ظهر ربح أو لا، فإن فعل فعليه المهر والتعزير، وإن علقت منه ولم يظهر فى المال ربح فـولده رقيق، لأنها علقت منه فى غير ملك ولا شبهة ملك ولا تصير أم ولد له لذلك، وإن ظهـر فى المال ربح فالولد حر وتصير أم ولد له وعليه قيـمتها، ونحـو ذلك قال سفيان وإسـحاق، وقال القاضى: إن لم يظهـر ربح فعليه الحد، لأنه وطئ فى غير ملك ولا شبهة ملك، والمنصوص عن أحمد: أن عليه التعزير فقط،

أن عليه التعـزير، لأن ظهور الربح ينبنى على التقويم والتـقويم غير متحـقق، لأنه يحتمل أن السلع تساوى أكثر مما قومت به، فيكون ذلك شبهة فى درء الحد لأنه يدرأ بالشبهات.

فـصل: وليس لرب المال وطء الأمة أيضًا، لأنه ينقصها إن كانت بكرًا ويعرضها للخروج من المضاربة والتلف، فـإن فعل فلا حد عليه لأنها مملوكـته، وإن علقت منه صارت أم ولده وولده حر كذلك، وتخرج من المضاربة وتحسب قيمتها ويضاف إليها بقية المال، فإن كان فيه ربح فللعامل حصته منه.

فــصـل: وإذا أذن رب المال للمـضارب فى الشراء من مال المـضاربة فاشترى جارية ليتسرى بها خرج ثمنها من المضاربة وصار قرضًا فى ذمته، لأن استباحة البضع لا تحصل إلا بملكه لقول الله تعالى: ﴿إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾ (المؤمنون: ٦).

فـصل: وليس لواحد منهـما تزويج الأمة، لأنه ينقصها، ولا مكاتبـة العبد لذلك، فإن اتفقا على ذلك جاز لأن الحق لهما لا يخرج عنهما.

فـصل: وليس للمضارب دفع المال إلى آخر مضاربة، نص عليه أحمد فى رواية الأثرم وحرب وعبد الله قال: إن أذن له رب المال وإلا فلا، وخرج القاضى وجهًا فى جواز ذلك بناء على توكيل الوكيل من غير إذن الموكل، ولا يصح هذا التخـريج، وقياسه على الوكيل ممتنع لوجهـين: **أحدهـما:** أنه إنما دفع إليه ههنا ليضارب به ويدفعـه إلى غيره مضاربة يخرج عن

لأن ظهور الربح ينبنى على التقويم وهو غير متحقق لاحتمال أن السلع تساوى أكثر مما قومت به فيكون ذلك شبهة فى درء الحد، فإنه يدرأ بالشبهات.

فـصل: وليس لرب المال وطء الأَمَة أيضًا، لأنه ينقصها إن كانت بكرًا ويعرضها للخروج من المضاربة والتلف، فإن فعل فلا حد عليه، لأنها ملكه، فإن أحبلها صارت أم ولد له وولده حر لذلك وتخرج من المضـاربة وتحسب قيمتهـا ويضاف إليها بقية المال، فـإن كان فيه ربح فللعامل حصته منه وليس لواحد منهما تزويج الأمة، لأنه ينقصها ولا مكاتبة العبد لذلك، وإن اتفقا عليه جاز، لأن الحق لهما.

فـصل: وليس للمضارب دفع المال مضاربة بغير إذن، نص عليه أحمد فى رواية الأثرم وحرب وعبـد الله، وخرج القاضى وجهين فى جواز ذلك بنـاء على توكيل الوكيل، ولا يصح هذا التخـريج والقياس، لأنه إنمـا دفع إليه المال ههنا ليـضارب به ودفعـه إلى غيره مـضاربة يخرجه عن كونه مضاربًا له بخلاف الوكـيل، ولأن هذا يوجب فى المال حقًا لغيره ولا يجوز إيجاب حق فى مال إنسان بغـير إذنه، وبهذا قال أبو حنيفة ولا يعلم عن غيـرهم خلافهم فإن فعل فلم يتلف المال ولا ظهر فيه ربح رده إلى مالكه ولا شىء له ولا عليه، وإن تلف أو ربح فيه فقال الشريف أبو جعفر: هو فى الضـمان والتصرف كالغاصب ولرب المال مطالبة من شاء منهما بـرد المال إن كان باقيًا وبرد بدلـه إن تلف أو تعذر رده، فإن طالب الأول وضمنه قـيمة

كونه مضـاربًا به بخلاف الوكيل، **والثـانى**: أن هذا يوجب فى المال حقّـا لغيره، ولا يجوز إيجاب حق فى مال إنسان بغـير إذنه، وبهذا قال أبو حنيفة والشافـعى، ولا أعرف عن غيرهم خلافهم فـإن فعل فلم يتلف المال ولا ظهر فيـه ربح رده إلى مالكه ولا شىء له ولا عليه وإن تلف أو ربح فيه فقال الشريف أبو جعفـر: هو فى الضمان والتصرف كالغاصب، ولرب المال مطالبة من شاء منهما برد المال إن كان بـاقيًا، وبرد بدله إن كان تالفًا أو تعذر رده، فإن طالب الأول وضمنه قيمة التالف ولم يكن الثانى على علم بالحال لم يرجع عليه بشىء لأنه دفعه إليه على وجه الأمانة وإن علم بالحـال رجع عليه، لأنه قبض مال غيره على سـبيل العدوان وتلف تحت يده فاستـقر ضمانه عليه، وإن ضمن الثـانى مع علمه بالحال لم يرجع على الأول، وإن لم يعلم فهل يرجع على الأول؟ لى وجهين: **أحدهما**: يرجع عليه، لأنه غره فأشبه ما لو غره بحريـة أمة، **والثـانى**: لا يرجع، لأن التلف كان فى يده فاستـقر الضمان عليه، وإن ربح فى المال فالربح لمالكه ولا شىء للمضارب الأول، لأنه لم يوجد منه مال ولا عمل، وهل للثانى أجر مـثله؟ على روايتين: **إحداهـما**: له ذلك، لأنه عمل فى مال غـيره بعوض لم يسلم له، فكان له أجر مثله كالمضاربة الفاسدة، **والثانية**: لا شىء له، لأنه عمل فى مال غيره بغير إذنه، فلم يستـحق لذلك عوضًا كالغـاصب، وفارق المضـاربة لأنه عمل ماله بإذنه، وسواء اشـترى بعين المال أو فى الذمة ويحـتمل أنه إذا اشترى فى الذمة يكون الربح له لأنه ربح فيـما اشتراه

التالف ولم يكن الثانى علم الحال لم يرجع عليه بشىء، لأنه دفعه إليه على وجه الأمانة، وإن علم رجع عليه، لأنه قبـض مال غيره على سبيـل العدوان، وقد تلف تحت يده فاستـقر عليه ضمانه، وإن ضمن الثانى مع علـمه بالحال لم يرجع على الأول وإن لم يعلم فكذلك فى أحد الوجهين، لأن التلف حـصل بيده فاستقر الضـمان عليه، والثانى يرجع عليه، لأنه غـره أشبه المغرور بحـرية أمة، وإن ربح فالربح للمالك ولا شىء للمـضارب الأول، لأنه لم يوجد منه مال ولا عمل، وهل للثانى أجرة مثله؟ على روايتين: **إحداهـما**: له ذلك، لأنه عمل فى مال غيره بعوض لم يسلم له فكان له أجر مـثله كالمضاربة الفاسدة، **والثـانيـة**: لا شىء لـه، لأنه عمل فى مال غيره بغير إذن أشبه الغاصب، وفارق المضاربة، لأنه عمل فى ماله بإذنه، وسواء اشتـرى بعين المال أو فى الذمة، ويحـتمل أنه إن اشتـرى فى الذمة يكون الربح له، لأنه ربح فيما اشتـراه فى ذمته مما لم يقع الشراء فيـه لغيره فأشبه ما لو ينقد الثـمن من مال المضاربة، قال الشريف أبو جعفر: هذا قول أكثرهم، يعنى قول مالك وأبى حنيفة والشافعى، ويحتمل أنه إن كان عالمًا بالحال فلا شىء للعامل كالغاصب، وإن جهل الحال فله أجر مثله يرجع به على الغاصب الأول، لأنه غره واستـعمله بعوض لم يسلم له فكان أجره عليه كمـا لو استعمله فى مال نفسه، وقال القاضى: إن اشترى بعـين المال فالشراء باطل، وإن اشترى فى الذمة ثم نقد المال وكـان قد شرط رب المال للـمضارب النصف فدفـعه المضـارب إلى آخر على أن لرب

فى ذمته مما لم يقع فى الشـراء فيه لغيره فأشبه ما لو لم ينقـد الثمن من مال رب المال، قال الشريف أبو جعفـر: هذا قول أكثرهم يعنى قول مالك والشافعى وأبى حنيـفة، ويحتمل أنه إن كان عالمًا بالحـال فلا شيء للعامل كالغاصب، وإن جهل الحـال فله أجر مثله يرجع به على المضارب الأول، لأنه غره واستعمله بعوض لم يحصل له فوجب أجره عليه، كما لو استعمله فى مال نفسه، وقال القاضى: إن اشترى بعـين المال فالشراء باطل، وإن كان اشترى فى الذمة ثم نقد المال، وكان قد شرط رب المال للمضارب النصف، فدفعه المضارب إلى آخر على أن يكون لرب المال النصف، والنصف الآخر بينـهما، فهو على ما اتفقـوا عليه، لأن رب المال رضى بنصف الربح فلا يدفـع إليه أكثر منه، والعـاملان على ما اتفـقا عليه، وهذا قـول قديم للشافعى: ولـيس هذا موافقًا لأصول المـذهب، ولا لنص أحمد، فإن أحـمد قال: لا يطيب الربح للمـضـارب ولأن المـضـارب الأول ليس له عـمل ولا مـال، ولا يسـتـحق الربح فى المضـاربة، إلا بواحد منهـما، والعـامل الثانى عمل فى مـال غيـره بغير إذنه ولا شـرطه فلم يستحق ما شرطه له غـيره، كما لو دفعه إليه الغاصب مضـاربة، ولأنه إذا لم يستحق ما شرطه له رب المال فى المضاربة الفاسدة، فما شرطه له غيره بغير إذنه أولى.

فـصل: وإن أذن رب المال فى دفع المال مضاربة جاز ذلك، نص عليه أحمد، ولا نعلم فيه خلافًا ويكون العامل الأول وكيلاً لرب المال فى ذلك، فإن دفعه إلى آخر ولم يشرط لنفسه شيئًا من الربح كان صـحيحًا، وإن شرط لنفسه شيئًـا من الربح لم يصح، لأنه ليس من جهته

المال النصف والنصف الآخـر بينهما فهـو على ما اتفقوا عليـه، لأن رب المال رضى بنصف الربح فلا يدفع إليه أكثر منه، والعاملان على ما اتفقا عليه، وهذا قول الشافعى القديم، وليس هذا موافقـًا لأصول المذاهب ولا لنص أحمـد، فإن أحمد قال: لا يطيب الـربح للمضارب، ولأن المـضارب الأول ليس له عـمل ولا مال، ولا يسـتحق الربح فى المـضاربة إلا بـواحد منهما، والثانى عمل فى مال غيره بغير إذنه ولا شـرطه فلم يستحق ما شرطه له غيره، كما لو دفع إليه الغاصب مضاربة، ولأنه لم يستحق ما شـرطه له رب المال فى المضاربة الفاسدة فما شرطه له غيره بغير إذنه أولى.

فـصل: فإن أذن رب المـال فى ذلك جاز، نص عليه أحمد ولا نعلم فـيه خلافًا ويكون المضارب الأول وكيل رب المال فى ذلك، فإن دفعه إلى آخر ولم يشرط لنفسه شيئًا من الربح كان صحيحـًا وإن شرط لنفسه شيئًا منه لم يصح، لأنه ليس من جـهته مال ولا عمل، والربح إنما يستحق لواحد منهما، فإن قال: اعمل برأيك أو بما أراك الله، جاز له دفعه مضاربة، نص عليه، لأنه قـد يرى أن يدفعه إلى أبصر منـه، ويحتمل أن لا يجوز له ذلك، لأن قـوله اعمل برأيك، يعنى فى كيفية المضاربة والبيـع والشراء وأنواع التجارة، ولهذا يخرج به عن المضاربة فلا يتناول إذنه.

مال ولا عمـل والربح إنما يستحق بواحـد منهما، وإن قال: اعـمل برأيك، أو بما أراك الله، جاز له دفعه مـضاربة، نص عليه، لأنه قد يرى دفعه إلى أبصـر منه، ويحتمل أن لا يجوز له ذلك، لأن قوله: اعمل برأيك، يعنى فى كيفيـة المضاربة والبيع والشراء وأنواع التجارة، وهذا يخرج به عن المضاربة فلا يتناوله إذنه.

فصل: وليس له أن يخلط مال المضاربة بماله، فإن فعل ولم يتميز ضمنه، لأنه أمانة، فهى كـالوديـعـة، فإن قال له: اعـمل برأيك، جاز له ذلك، وهو قول مالك والثـورى وأصحاب الرأى، وقال الشافعى: ليس له ذلك، وعليه الضمان إن فعله، لأن ذلك ليس من التجارة.

ولنا: أنه قد يـرى الخلط أصلح له، فيدخـل فى قوله: اعمل برأيك، وهـكذا القول فى المشاركة به ليس له فعلها، إلا أن يقول: اعمل برأيك، فيملكها.

فـصل: وليس له أن يشترى خمراً ولا خنزيراً، سواء كانا مسلمين أو كان أحدهما مسلمًا والآخر ذميـا، فإن فعل فعليـه الضمان، وبهذا قال الشافعى، وقـال أبو حنيفة: إن كان العامل ذميًا صح شراؤه للخمر وبيعه إياها، لأن الملك عنـده ينتقل إلى الوكيل، وحقوق العقد تتعلق به، وقال أبو يوسف ومـحمـد: يصح شراؤه إياها، لأن الملك فيـها ينتـقل إلى الوكيل، ولا يصح بيعه، لأنه يبيع ما ليس بملك له ولا لموكله.

فـصل: وليس له أن يخلط مال المضاربة بمال، فإن فعل ولم يتـميز ضمنه، لأنه أمانة فهو كالوديـعة، فإن قال له: اعمل برأيك، جاز ذلك، وهو قول مالك والثورى وأصحاب الرأى، وقال الشافعى: ليس له ذلك وعليه الضمان إن فعله، لأن ذلك ليس من التجارة.

ولنا: أنه قـد يرى الخلط أصلح له فـيـدخل فى قـوله أعـمل برأيك، وهكذا القـول فى المشاركة به ليس له فعلها إلا أن يقول له اعمل برأيك فيملكها.

فــصل: وليس له شراء خمر ولا خنزيـر سواء كانا مسلمين أو كان أحدهـمـا مسلمًا، فإن فـعل فعليـه الضمـان، وبه قال الشافـعى، وقال أبو حنيفة: إن كان العامل ذمـيًا صح شراؤه للخمـر وبيعـه إياها، لأن الملك عنده ينتقل إلى الوكـيل وحقوق العـقد تتـعلق به، وقال أبو يوسف ومحمد: يصح شراؤه إياها ولا يصح بيعه، لأنه يبيع ما ليس بملك له ولا لموكله.

ولنا أنه إن كان العامل مسلمًا فقد اشترى خمراً ولا يصح أن يشترى خمراً ولا يبيعه، وإن كان ذميًا فقد اشترى للمسلم ما لا يصح أن يملكه ابتداء فلا يصح كما لو اشترى الخنزير ولأن الخمر محرمـة فلم يصح شراؤها له كالخنزير والميتة، ولأن ما لا يجـوز بيعه لا يجوز شراؤه كالمـيتة والدم، وكل مـا جاز فى الشركة جـاز فى المضاربة ومـا جاز فى المضـاربة جاز فى الشركـة وما منع فى إحداهمـا منع منه فى الأخرى، لأن المضـاربة شركة، ومـبنى كل واحد منهما على الوكالة والأمانة.

ولنا: أنه إن كان العامل مسلمًا فقد اشترى خـمرًا، ولا يصح أن يشترى خمرًا ولا يبيعه، وإن كان ذميًا فقـد اشتـرى للمسلم ما لا يصـح أن يملكه ابتداء، فلا يصح كـما لو اشـترى الخنزير، ولأن الخمرة محرمة فلا يصح شراؤها له كـالخنزير والميتة، لأن ما لا يجوز بيعه لا يجوز شراؤه كالميتة والدم، وكل ما جاز فى الشركة جاز فى المضاربة، وما جاز فى المضاربة جاز في الشركة، وما منع منه فى أحدهما مـنع منه فى الأخرى، لأن المضاربة شركة، ومبنى كل واحدة منهما على الوكالة والأمانة.

٨٣٣- مسألة: قال: **(وإذا ضارب لرجل لم يجز أن يضارب لآخـر، إذا كان فيه ضرر على الأول، فإن فعل وربح رده فى شركة الأول)**.

وجـملة ذلك: أنه إذا أخذ من إنسان مضاربة ثم أراد أخذ مضاربة أخرى من آخر فأذن له الأول جاز، وإن لم يأذن له ولم يكن عليـه ضرر جاز أيضًا بغـير خلاف، وإن كان فـيه ضرر على رب المال الأول ولم يأذن، مـثل أن يكون المال الثانى كـثيرًا يحتـاج إلى أن يقطع زمانه ويشغله عن التجارة فى الأول ويكون المال الأول كثيـرًا متى اشتغل عنه بغيره انقطع عن بعض تصرفاته، لم يجز له ذلك، وقال أكثر الفقهاء: يجوز، لأنه عقد لا يملك به منافعه كلها، فلم يمنع من المضاربة، كما لو لم يكن فيه ضرر، وكالأجير المشترك.

ولنا: أن المضاربة على الحظ والنماء فإذ فعل مـا تمنعه لم يكن له، كما لو أراد التصرف بالعين، وفارق ما لا ضرر فيه، فعلى هذا إذا فعل وربح رد الربح فى شركة الأول ويقتسمانه، فلينظر ما ربح فى المضاربة الثانية، فيدفع إلى رب المال منهـا نصيبه، ويأخذ المضارب نصيبه من الربح فيـضمه إلـى ربح المضاربة الأولى ويقـاسمه لرب المـضاربة الأولى، لأنه اسـتحق

39- مسألة: **(وليس للمضارب أن يضارب لآخر إذا كان فيه ضرر على الأول فإن فعل رد نصيبه من الربح فى شركة الأول)**.

وجملة ذلك أنه إذا أخذ من إنسان مضاربة ثم أراد أخذ مضاربة من آخر بإذن الأول جاز، وكذلك إن لم يأذن ولم يكن عليه ضرر بغير خلاف علمناه، فإن كان فيه ضرر على الأول ولم يأذن مثل أن يكون المال الثـانى كثيرًا يستـوعب زمانه فيشغـله عن التجارة فى الأول أو يكون المال الأول كثـيرًا متى اشتغل عنه بغـيره انقطع عن بعض تصرفاته لم يجز ذلك، وقـال أكثر الفقهاء: يجوز، لأنه عقد لا يملك به منافعـه كلها فلم يمنع من المضاربة كما لو لم يكن فيه ضرر وكالأجير المشترك.

ولنا: أن المضاربة على الحظ والنماء، فإذا فعل ما يمنعه لم يجز له كما لو أراد التصرف بالغبن وفـارق ما لا ضرر فيـه فعلى هذا إن فعل وربح رد الربح فى شـركة الأول وليقسـمانه فينظر ما ربح فى المضاربة الثانية فيدفع إلى رب المـال منه نصيبه ويأخذ المضارب نصيبه من الربح فيضمه إلى ربح المضاربة الأولى ويقاسمه لرب المضاربة الأول، لأنه استحق حصته من

حصته من الربح بالمنفـعة التى استحقت بالعقد الأول، فكان بينهمـا كربح المال الأول، فأما حصة رب الـمال الثانى من الربح فتـدفع إليه، لأن العدوان من المضـارب لا يسقط حق رب المال الثـانى، ولأنا لو رددنا ربح الثـانى كله فى الشركـة الأولى لاختص الضـرر برب المال الثانى، فلم يلحق المضـارب شىء من الضرر والعدوان منه، بل ربما انتفع إذا كـان قد شرط الأول النصف والثانى الثلث، ولأنه لا يخلو إما أن يحكم بـفساد المضاربة الثانية أو بصـحتها فإن كـانت فاسدة فالربح كله لرب المـال وللمضارب أجـر مثله، وإن حكمنا بصحتـها وجب صرف حصة رب المال إليه بمقتضى العقد وموجب الشرط، والنظر يقتضى أن لا يستحق رب المضاربة الأولى من رب الثانية شيئًا، لأنه إنمـا يستحق بمال أو عمل، وليس له فى المضاربة الثانية مال ولا عمل، وتعدى المضارب إنما كان بترك العمل واشتغاله عن المال الأول، وهذا لا يوجب عوضًا كـما لو اشتغل بالعمل فى مـال نفسه أو آجر نفســه أو ترك التجارة للعب أو اشتغال بعلم أو غيـر ذلك، ولو أجب عوضًا لأوجب شيئًا مقدرًا لا يخـتلف ولا يتقدر بربحه فى الثانى، والله أعلم.

فصل: وإن دفع إليه مضاربة واشترط النفقة فكلمه رجل فى أن يأخذ له بضاعة أو مضاربة ولا ضرر فيـها، فقال أحمد: إذا اشترط النفقة صار أجـيرًا له فلا يأخذ من أحد بضاعة، فإنها تشغله عن المال الذى يضارب به، قيل: فإن كانـت لا تشغله؟ فقال: ما يعجبنى أن يكون إلا

الربح بالمنفعـة التى استحقت بالعـقد الأول فكان بينهمـا كربح المال الأول، فأمـا حصة رب المال الثانى من الربح فـيدفع إليه، لأن العدوان من المضارب لا يسـقط حق رب المال الثانى ولا ما لو رددنا ربح الثانى كله فى الشركة الأولى لاخـتص الضرر برب المال الثانى ولم يلحق المضارب شىء من الضرر والعدوان منه بل ربمـا انتفع إذا كان قد شرط الأول النصف والثانى الثلث، ولأنه لا يخلو إمـا أن يحكم بفساد المـضاربة الثانيـة أو بصحتهـا، فإن كانت فـاسدة فالربح كله لرب المـال وللمضارب أجر مثله، وإن حكمنـا بصحتها وجب صـرف حصة رب المال إليه بـمقتضى العقـد وموجب الشرط، قال شـيخنا: والنظر يقتضى أن لا يـستحق رب المضاربة الأولى من ربح الثانيـة شيئًا، لأنه إنما يستحق بمال أو عمـل ولم يوجد واحد منهما وتعدى المضارب إنما هو بترك العمل واشتغاله عن المال الأول وذلك لا يوجب عوضًا كما لو اشتغل بالعمل فى مال نفسه أو أجر نفسـه أو ترك التجارة للعب أو اشتغال بعلم أو غير ذلك، ولأنه لو أوجب عوضًا لأوجب شيئًا مقدرًا لا يختلف ولا يتقدر بربحه فى الثانى والله أعلم.

فصل: فإن دفع إليه مضاربة واشترط النفقة لم يجز أن يأخذ لغيره بضاعة ولا مضاربة وإن لم يكن عـلى الأول ضـرر، لقول أحمد: إذا اشـترط النفقة صار أجيـرًا له فلا يأخذ من أحد بضاعة فإنها تشغله عن المال الذى يضارب به، قيل له: وإن كانت لا تشغله؟ قال: ما يعجبنى أن يكون إلا بإذن صاحب المـضاربة فإنه لا بد مـن شغل، قال شيـخنا: هذا والله أعلم على

بإذن صاحب المضاربة، فإنه لا بد من شغل، وهذا ـ والله أعلم ـ على سبيل الاستحباب، وإن فعل فلا شيء عليه لأنه لا ضرر على رب المضاربة فيه.

فصل: وإن أخذ من رجل مضاربة، ثم أخذ من آخر بضاعة أو عمل فى مال نفسه أو اتجر فيه فربحه فى مال البضاعة لصاحبها وفى مال نفسه لنفسه.

فصل: إذا أخذ من رجل مائة قراضًا، ثم أخذ من آخر مثلها واشترى بكل مائة عبدًا فاختلط العبدان ولم يتميزا، فإنهما يصطلحان عليهما، كما لو كانت لرجل حنطة فانثالت عليه[٢٦] أخرى، وذكر القاضى فى ذلك وجهين: **أحدهما**: يكونان شريكين فيهما كما لو اشتركا فى عقد البيع فيباعان ويقسم بينهما، فإن كان فيهما ربح دفع إلى العامل حصته والباقى بينهما نصفين، **والثانى**: يكونان للعامل، وعليه أداء رأس المال، والربح له والخسران عليه، وللشافعى قولان كالوجهين، والأول أولى، لأن ملك كل واحد منهما ثابت فى أحد العبدين، فلا يزول بالاشتباه عن جميعه ولا عن بعضه بغير رضاه، كما لو لم يكونا فى يد المضارب، ولأننا لو جعلناهما للمضارب أدى إلى أن يكون تفريطه سببًا لانفراده بالربح وحرمان المتعدى عليه، وعكس ذلك أولى، وإن جعلناهما شريكين أدى إلى أن يأخذ أحدهما ربح مال الآخر بغير رضاه، وليس له فيه مال ولا عمل.

فصل: إذا تعدى المضارب وفعل ما ليس له فعله، أو اشترى شيئًا نهى عن شرائه، فهو

سبيل الاستحباب، وإن فعل فلا شيء وعليه، لأنه لا ضرر على رب المضاربة فيه، وإن أخذ من رجل مضاربة ثم أخذ من آخر بضاعة أو عمل فى مال نفسه واتجر فيه فربحه فى مال البضاعة لصاحبها وفى مال نفسه له.

فصل: إذا أخذ من رجل مائة قراضًا ثم أخذ من آخر مثلها فاشترى بكل مائة عبدًا فاختلط العبدان ولم يتميزا اصطلحا عليهما كما لو كانت لرجل حنطة فانثالت عليها أخرى، وذكر القاضى فى ذلك وجهين: **أحدهما**: يكونان شريكين فيهما كما لو اشتركا فى عقد البيع فيباعان ويقسم بينهما، فإن كان فيهما ربح دفع إلى العامل حصته، والباقى بينهما نصفين، **والثانى**: يكونان للعامل وعليه أداء رأس المال والربح له والخسران عليه، وللشافعى قولان كالوجهين، والأول أولى، لأن ملك كل واحد منهما ثابت فى أحد العبدين فلا يزول بالاشتباه عن جميعه ولا عن بعضه بغير رضاه كما لو لم يكونا فى يد المضارب، ولأننا لو جعلناهما للمضارب أدى إلى أن يكون تفريطه سببًا لانفراده بالربح وحرمان المتعدى عليه، وعكس ذلك أولى، وإن جعلناهما شريكين أدى إلى أن يأخذ أحدهما ربح مال الآخر بغير رضاه وليس له مال ولا عمل.

فصل: إذا تعدى المضارب بفعل ما ليس له فعله فهو ضامن للمال فى قول أكثر أهل

---

(٢٦) فى النسخة المطبوعة «عليها».

ضامن للمال فى قول أكثـر أهل العلم، روى ذلك عن أبى هريرة وحكيم بن حزام وأبى قلابة ونافع وإياس والشعبى والنخعى والحكم وحماد ومـالك والشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى، وعن علىّ ﷺ: لا ضـــمـان على من شـورك فـى الربح، وروى مـعنى ذلك عـن الحـسن والزهرى.

ولنا: أنه متصـرف فى مال غيره إذنه فلزمه الضـمان كالغاصب، ولا نقول بمشـاركته فى الربح فلا يتناوله قـول على ﷺ، ومتى اشترى ما لم يؤذن فـيه فربح فيـه فالربح لرب المال نص عليه أحـمد، وبه قـال أبو قلابة ونافع، وعن أحمـد: أنهما يتـصدقـان بالربح، وبه قال الشعبى والنخـعى والحكم وحماد، قال القاضى: قـول أحمد: يتصدقـان بالربح، على سبيل الورع، وهو لرب المال فى القضاء وهذا قول الأوزاعى، وقال إياس بن معاوية [٢٧] ومـالك: الربح على ما شـرطاه، لأنه نوع تعد فلا يمنع كون الربح بينهـما على ما شرطاه كـما لو لبس الثوب وركب دابة ليس له ركوبهـا، وقال القاضى: إذا اشترى فى الذمة ثم نقـد المال فالربح لرب المال، وإن اشترى بعين المال فالشـراء باطل فى إحدى الروايتين، والأخرى هو موقوف على إجازة المـالك، فإن أجازه صح وإلا بطل، والـمذهب الأول نص عليه أحـمد فى رواية الأثرم، وقـال أبو بكر: لم يرو أنه يتصـدق بالربح إلا حنبل، واحـتج أحمـد بحديث عـروة البارقى، وهو ما روى أبو لبـيد عن عروة بن الجعد قـال: عرض للنبى ﷺ جلب فأعطانى

العـلم، روى ذلك عن أبى هريرة وحكيم بن حزام وأبى قلابة ونافع وإياس والشعبى والنخعى وحمـاد ومالك والشافعى وأصـحاب الرأى، وعن على ﷺ: لا ضمـان على من شورك فى الربح، وروى معنى ذلك عن الحسن والزهرى.

ولنا أنه متصرف فى مال غيره بغير إذنه فلزمه الضمان كالغاصب، ولا نقول بمشاركته فى الربح فلا يتناوله قول على ﷺ، ومـتى اشترى ما لم يؤذن فيه فربح فـيه فالربح لرب المال، نص عليه أحـمد، وبه قـال أبو قلابة ونافع، وعن أحمـد: أنهما يتـصدقـان بالربح، وبه قال الشعبى والنخـعى والحكم وحماد، قال القاضى: قـول أحمد: يتصدقـان بالربح، على سبيل الورع وهو لرب المال فى القضاء، وهذا قول الأوزاعى، وقال إياس بن معاوية ومالك: الربح على ما اشرطاه، كما لو لبس الثوب وركب دابة ليس له ركوبها، وقال القاضى: إن اشترى فى الذمة ثـم نقد المـال فالربح لرب المـال، وإن اشترى بـعين المال فـالشراء باطـل فى إحدى الروايتين، والأخـرى هو موقوف على إجـازة المالك، فإن أجـازه صح وإلاّ بطل، والمذهب الأول، نص عليه أحمد فى رواية الأثرم، وقال أبو بكر: لم يرو أنه يتصدق بالربح إلا حنبل، واحتج أحمد بحـديث عروة البارقى وهو ما روى أبو الوليد عن عروة بن الجـعد قال: عرض

---

(٢٧) إياس بن معاوية: هو قاضى البصرة العلاَّمة أبو واثلة، كان يضرب به المثل فى الذكاء والدهاء والسؤدد والعقل، توفى سنة إحدى وعشرين ومائة كهلاً. تهذيب السير (١/ ١٨١)

ديناراً، فقال: عروة ائت الجلب، فـاشتر لنا شاة، فأتيت الجلب فساومت صاحـبه، فاشتريت شاتين بدينار فـجئت أسوقهمـا أو أقودهما، فلقينى رجل بالطريق فـساومنى فبعت منهـما شاة بالدينار، فـجئت بالدينار والشاة، فـقلت: يا رسول الله ﷺ هذا ديناركـم، وهذه شاتكم، قال: وكـيف صنعت؟ فحـدثته بالحديث، فـقال: اللهم بارك له فى صـفقـة يمينه»(٢٨) رواه الأثرم، ولأنه نماء مال غيره بغير إذن مالكه فكان لمـالكه، كما لو غصب حنطة فزرعها، فأما المضارب ففـيه روايتان: **إحداهـما:** لا شىء له، لأنه عقد عقـدًا لم يؤذن له فيه فلم يكن له شىء كالغاصب، وهذا اختيار أبى بكر، **والثانـية:** له أجر، لأن رب المال رضى بالبيع وأخذ الربح، فاستحق العامل عوضًا كـما لو عقده بإذن، وفى قدر الأجر روايتان: **إحداهـما:** أجـر مثله ما لم يحط بالربح، لأنه عمل ما يتسـحق به العوض، ولم يسلم له المسمى فكان له أجر مثله كالمـضاربة الفاسدة، **والثانـية:** له الأقل من المسمى أو أجـر المثل، لأنه إن كان الأقل المسمى فقد رضـى به، فلم يستحق أكثر منه وإن كان الأقل أجر المثل لم يسـتحق أكثر منه، لأنه لم يعمل ما رضى به، وإن قصد الشراء لنفسه فلا أجر له رواية واحدة، وقال القاضى وأبو الخطاب: إن اشترى فى ذمته ثم نقد المال فـلا أجر له، رواية واحدة، وإن اشترى بعين المال فعلى روايتين.

للنبى ﷺ جلب فـأعطانى ديناراً فقال: «عـروة ائت الجلب فاشـتر لنا شاة» فـأتيت الجلب فسـاومت صاحبه فـاشتريت شاتين بدينار فـجئت أسوقهـما أو أقودهمـا فلقينى رجل بالطريق فسـاومنى فبعت منه شـاة بدينار فجـئت بالدينار وبالشاة، فقلـت: يا رسول الله هذا ديناركم، وهذه شاتكم، قال: «وكيف صنعت» فحدثته الحـديث فقال: «اللهم بارك له فى صفقة يمينه» رواه الأثرم، ولأنه نماء مال غيـره بغير إذن مالكه فكان لمالكه كما لو غـصب حنطة فزرعها، فأما المضارب ففيه روايتان: **إحداهما:** لا شىء له، لأنه عقد عقداً لم يؤذن له فيه فلم يكن له شىء كالغاصب، وهذا اختيار أبى بكر، **والثانـية:** له أجر، لأن رب المال رضى بالبيع وأخذ الربح فاستحق العامل عوضاً، كـما لو عقده بإذنه، وفى قدر الأجر روايتان: **إحداهـما:** أجـر مثله ما لم يحط بالربح، لأنه عمل ما يستـحق به العوض، ولم يسلم له المسمى فكان له أجر مثله كالمضاربة الفاسدة، **والثانـية:** له الأقل من المسمى أو أجر المثل، لأنه إن كان المسمى أقل فقد رضى به فلم يستحق أكثر منه، وإن كان أجر المثل أقل فلم يستحق أكثر منه، لأنه لم يعـمل ما أمر بـه، فإن قصـد الشراء لـنفسه فـلا أجر له، رواية واحـدة، وقال القـاضى وأبو الخطاب: إن اشتـرى فى ذمته ونقـد المال فلا أجر له رواية واحـدة، وإن اشترى بعـين المال فعلى روايتين.

---

(٢٨) أخرجـه البخارى (٦/ ح ٣٦٤٢/ فـتح) وأبو داود (٣/ ح ٣٣٨٤) وابن ماجه (٢/ ح ٢٤٠٢) وفـيه زيادة «فدعـا له رسول الله ﷺ بالبركة» قـال: فكان لو اشترى ترابًا لربـح فيه، وأحمـد فى مسنده (٣٧٦/٤).

فـصل: وعلى العامل أن يتولى بنفسه كل ما جرت العادة أن يتولاه المضارب بنفسه، من نشر الثوب وطيه وعرضه على المـشترى ومساومته وعقد البيع معـه وأخذ الثمن وانتقاده وشد الكيس وختـمه وإحرازه فى الصندوق ونحو ذلك، ولا أجـر له عليه، لأنه مسـتحق للربح فى مقابلتـه، فإن استأجر من يفـعل ذلك فالأجر عليه خـاصة، لأن العمل عليه، فأمـا ما لا يليه العامل فى العـادة، مثل النداء على المتـاع ونقله إلى الخان فليس على العـامل عمله، وله أن يكترى من يعمله، نص عليه أحـمد، لأن العمل فى المضاربة غير مشروط لمـشقة اشتراطه، فرجع فيه إلى العرف، فـإن فعل العامل ما لا يلزمه فعله متبرعًا فـلا أجر له، وإن فعله ليأخذ عليه أجرًا فـلا شىء له أيضًا فى المنصوص عن أحمـد، وخرج أصحابنا وجـهًا: أن له الأجر بناء على الشـريك إذا انفرد بعـمل لا يلزمه، هل له أجـر لذلك؟ على روايتين، وهذا مـثله، والصحـيح: أنه لا شىء له فى الموضعـين، لأنه عمل فى مال غـيره عمـلاً لم يجعل له فى مقابلته شىء فلم يستحق شيئًا كالأجنبى.

فـصل: وإذا سُرِق مال المضاربة أو غصب، فعلى المضارب(٢٩) طلبه والمخاصمة فيه فى أحد الوجهين، وفى الآخر: ليس عليه ذلك، لأن المـضاربة عقد على التجارة، فلا تدخل فيه الخصومة والأول أولى لأنه يقتضى حفظ المال ولا يتم ذلك إلا بالخصومة والمطالبة سيما إذا كـان غائـبًا عن رب المـال إمـا لسـفـر المضـارب أو رب المـال، فـإنه لا يطالب له إلا

فــصل: وعلى العامل أن يتولى بنفسه كل ما جـرت العادة أن يتولاه المضارب من نشر الثوب وطيه وعرضه على المشترى ومساومـته، وعقد البيع، وأخذ الثمن وانتقاده وشد الكيس وختمه وإحرازه ونحو ذلك ولا أجر له عليه، لأنه اسـتحق الربح فى مقابلته، وإن استأجر من يفعل ذلك فالأجر عليه خاصة، لأن العمل عليه، فـأما ما لا يليه فى العادة كالنداء على المتاع ونقله إلى الخان فليـس على العامل عمله، وله أن يكتـرى من يعمله، نص عليه أحـمد، لأن العمل فى المضاربة غير مشروط لمشقة اشـتراطه فرجع فيه إلى العرف، فإن فعل العامل ما لا يلزمه متبرعًا فلا أجر له، وإن فـعله ليأخذ عليه أجرًا فنص أحمد على أنه لا شىء له، وخرج أصحابنا وجهًا: أن له الأجر بناء على الشريك إذا انفرد بعمل لا يلزمه هل له أجر لذلك؟ على روايتين وهذا مثله، قال شـيخنا: والصحيح أنه لا أجر له فى الموضـعين، لأنه عمل فى مال غيره عملاً لم يجعل له فى مقابلته شىء فلم يستحق شيئًا كالأجنبى.

فــصل: وإذا غصب مال المـضاربة أو سرق فهل للمضارب المطالبـة به؟ على وجهين:
أحدهما: ليس له ذلك، لأن المضاربة عقد على التجارة فلا يدخل فيه الخصومة، **والثانى:** له ذلك، لأنه يقتضى حفظ المـال ولا يتم ذلك إلا بالخصومة والمطالبة سيمـا إذا كان غائبًا عن رب المال، فـإنه حينئذ لا يكون مطـالبًا به إلاَّ المضـارب فإن تركه ضـاع، فعلى هذا إن ترك

---

(٢٩) وللمضارب: كذا فى النسخة المطبوعة.

المضارب، فإن تركه ضاع، فعلى هذا إن ترك الخصومة والطلب به فى هذه الحال غرمه، لأنه ضيعه وفرط فيه، وإن كان رب المال حاضرًا وعلم الحال لم يلزم العامل طلبه، ولا يضمنه إذا تركه، لأن رب المال أولى بذلك من وكيله.

فـصل: وإذا اشترى للمضاربة عبدًا فقتله عـبد لغيره ولم يكن ظهر فى المال ربح فالأمر إلى رب المال، إن شاء اقتص وإن شاء عفا على غير مال، وتبطل المضاربة فيه، لذهاب رأس المال، وإن شاء عفا علـى مال، فإن عفا على مال مثل رأس المال أو أقل أو أكـثر فالمضاربة بحالها، والربح بينهما على شرطهمـا، لأنه وجد بدل عن رأس المال، فهو كما لو وجد بدله بالبيع، وإن كان فى العـبد ربح فالقصاص إليهمـا والمصالحة كذلك، لكونهمـا شريكين فيه، والحكم فى انفساخ المضاربة وبقائها على ما تقدم.

٨٣٤- مسألة: قال: (وليس للمضارب ربح حتى يستوفى رأس المال).

يعنى أنه لا يستـحق أخذ شىء من الربح حتى يسلم رأس المال إلى ربـه، ومتى كان فى المال خسران وربح جبرت الوضيعة من الربح، سواء كان الخسران والربح فى مرة واحدة، أو الخسـران فى صفقة والـربح فى أخرى، أو أحدهما فى سـفرة والآخر فى أخـرى، لأن معنى الربح هو الفاضل عن رأس المال، وما لم يفـضل فليس بربح، ولا نعلم فى هذا خلافًا، وأما ملك العامل لنصيبه من الربح بمجرد الظهور قبل القسمة فظاهر المذهب: أنه يثبت، هذا الذى ذكره القاضى مـذهبًا، وبه قال أبو حنيفـة، وحكى أبو الخطاب رواية أخرى: أنه لا يملكه إلا بالقسمة، وهو مذهب مالك، وللشافعى قولان كالمذهبين، واحتج من لم يملكه بأنه لو ملكه لاختص بربحه، ولوجب أن يكون شريكًا لرب المال كشريكى العنان.

ولنا: أن الشرط صحيح، فيثبت مقتضاه، وهو أن يكون له جزء من الربح فإذا وجد يجب أن يملكه بحكم الشرط كما يملك المساقى حصته من الثمرة لظهورها، وقياسًا على كل شرط صحيح فى عـقد، ولأن هذا الربح مملوك فلا بد له من مالك، ورب المـال لا يملكه اتفاقًا،

الخصـومة والطلب به فى هذه الحال ضمن، لأنه ضـيعه وفرط فـيه، فأما إن كـان رب المال حاضرًا وعلم الحال، فإنه لا يلزم العامل طلبه ولا يضمنه إذا تركه، لأن رب المال أولى بذلك من وكليه.

فـصل: وإذا اشترى المضارب عبدًا فقتله عـبد لغيره ولم يكن ظهر فى المال ربح فالأمر لرب المال إن شاء اقتص وإن شـاء عفا على غير مال وتبطل المضـاربة فيه لذهاب رأس المال وإن شاء عفا على مال، فإن عفا على مثل رأس المال أو أقل أو أكثر فالمضاربة بحالها والربح بينهما على ما شرطاه، لأنه وجد بدل عن رأس المال فـهو كما لو وجد بدله بالبيع، وإن كان فى العبد ربح فالقـصاص إليهما والمصـالحة كذلك لكونهما شريكين فيـه والحكم فى انفساخ المضاربة وبقائها على ما تقدم.

ولا تثبت أحكام الملك فى حقـه، فلزم أن يكون للمضارب، ولأنه يملك المطالبة بالقـسمة، فكان مالكًا كـأحد شريكى العنان، ولا يمنع أن يملكه ويكون وقاية لرأس الـمال كنصيب رب المال من الربح، وبهـذا امتنع اختصـاصه بربحه، ولأنه لو اخـتص بربح نصيبه لاسـتحق من الربح أكثـر ممـا شرط له ولا يثبت بالشرط مـا يخالف مقـتضـاه، ثم قال أحـمد: إذا وطئ المضارب جـارية من المضاربة، فإن لم يكن ظهر فى الـمال ربح لم تكن أم ولده، وإن ظهر فيه ربح فهى أم ولده، وهذا يدل على أنه يملك الربح بالظهور.

فصل: وإذا دفع إلى رجل مائة مضاربة فخسر عشرة، ثم أخذ رب المال منها عشرة، فإن الخسران لا ينقص به رأس المـال، لأنه قد يربح فيجبر الخسـران، لكنه ينقص بما أخذه رب المال، وهى العشـرة وقسطها من الخسران وهو درهم وتسع درهم، ويبـقى رأس المال ثمانين وثمانيـة دراهم وثمانيـة أتساع درهم، وإن كـان أخذ نصف التسـعين البـاقية بـقى رأس المال خمسـين، لأنه أخذ نصف المال فـسقط نصف الخسران، وإن كـان أخذ خمسـين بقى أربعة وأربعون وأربعة أتساع، وكذلك إذا ربح المال ثم أخذ رب المال بعضه كان ما أخذه من الربح ورأس المال فلو كان رأس المـال مائة فربح عشرين فأخذها رب المـال لبقى رأس المال ثلاثة وثمانين وثلثًا لأنه أخذ سدس المال فنقص رأس المال سدسه وهو ستة عشر وثلثان وحظها من الربح ثلاثة وثلث، ولو كان أخذ ستين بقى رأس المال خـمسين، لأنه أخذ نصف المال فبقى نصف المال، وإن أخذ خمسين بقى ثمانية وخمـسين وثلثًا، لأنه أخذ ربع المال وسدسه فبقى ثلثه وربعه وهو ما ذكـرنا، وإن أخذ منه ستين ثم خسر فى الباقى فصـار أربعين فردها كان له على رب المال خمسة لأن ما أخذه رب المال انفسخت فيه المضاربة، فلا يجبر بربحه خسران ما بقى فى يده لمـفارقتـه إياه، وقد أخذ من الربح عـشرة، لأن سدس مـا أخذه ربح فكانت العشرة بينهـما، وإن لم يرد الأربعين كلها بل رد منها إلى رب المال عـشرين بقى رأس المال خمسة وعشرين.

فـصل: **إذا اشترى رب المال من مال المضاربة شيئًا لنفسه لم يصح فى إحدى الروايتين،** وهو قول الشافعى، ويصح فى الأخرى وبه قال مالك والأوزاعى وأبو حنيفة لأنه قد تعلق حق المضارب به فجاز له شراؤه، وكما لو اشترى من مكاتبه أو من عبده المأذون الذى عليه دين.

40- مسألة: (وليس لرب المال أن يشترى من مال المضاربة شيئًا لنفسه، وعنه يجوز)

إذا اشترى رب المـال من مال المضاربة شـيئًا لنفسه لم يصح فى إحـدى الروايتين، وهو قول الشافعى ويصح فى الأخرى، وبه قـال مالك والأوزاعى وأبو حنيفة، لأنه قد تعلق به حق المضارب فجاز شراؤه كما لو اشترى من مكاتبه.

ولنا: أنه ملكه فلم يصح شـراؤه له كشـرائه من وكيله، وفـارق المكاتب، فإن السـيد لا يملك ما فى يده ولا تجب زكاته عليه وله أخذ ما فيه شفعة منه.

ولنا: أنه ملكه فلم يصح شراؤه له كـشرائه من وكيله وعبده الـمأذون الذى لا دين عليه، وفارق المكاتب، فإن السيـد لا يملك ما فى يده ولهذا لا يزكيه، وله أخذ ما فيـه شفعة بها، فأما المـأذون له فلا يصح شراء سيده منه بحـال، ويحتمل أن يصح إذا استغـرقته الديون لأن الغرماء يأخذون ما فى يده، والصحـيح الأول، لأ ملك السيد لم يزل عنه، وإن استحق أخذه كمال المفلس.

فـصل: وإن اشترى المضارب لنفسـه من مال المضاربة ولم يظهر فى المال ربح صح، نص عليه أحمـد، وبه قال مالك والثورى والأوزاعى وإسحـاق، وحكى ذلك عن أبى حنيفة، وقال أبو ثور: البيع باطل: لأنه شريك.

ولنا: أنه ملك لغيره فصح شراؤه له كما لو اشـترى الوكيل من موكله وإنما يكون شريكًا إذا ظهر ربح، لأنه إنما يـشارك رب المال في الربح لا فى أصل المال، ومتـى ظهر فى المال ربح كان شراؤه كشراء أحد الشريكين على ما سنذكره.

فـصل: وإن اشترى أحد الشريكين من مال الشركـة شيئًا بطل فى قدر حقه، لأنه ملـكه وهل يصح فى حصـة شريكه؟ على وجـهين بناء على تفريـق الصفقـة، وتتخرج الصـحة فى الجميع بناء على أن لرب المال أن يشترى من مال المضاربة لنفسه، وإن اشترى أحد الشريكين حصـة شريكه منه جاز، لأنـه يشترى ملك غـيره وقال أحـمد فى الشريكين فـى الطعام يريد أحدهما بيع حصته من صاحبـه، إن لم يكونا يعلمان كيله فلا بأس، وإن علما كيله فلا بد من كيله، يعنى أن من علم مبلغ شىء لم يبعه صبرة وإن باعه إياه بالكيل والوزن جاز.

41- مسألة: (وكذلك شراء السيد من عبده المأذون).

لما ذكرنا ويحتـمل أن يصح إذا استغرقته الديون، لأن الغـرماء يأخذون ما فى يده، ولأن الدين إذا تعلق برقبته صار مستحقًا للغرمـاء فصح شراء السيد منه كبقية الغرماء والأول أولى، لأن ملك السيد لم يزل عنه وإن تعلق حق الغرماء به كالعبد الجانى.

فـصل: فإن اشترى المضارب من مـال المضاربة لنفسه ولم يظهر ربح صح، نص عليه أحمـد، وبه قال مالك والثورى والأوزاعى وإسـحاق، وحكى ذلك عن أبى حنيفـة، وقال أبو ثور: البيع باطل، لأنه شريك.

ولنا: أنه ملك لغيره فصح شراؤه له كشراء الوكيل من موكله، وإنما يكون شريكًا إذا ظهر الربح، لأنه شارك فى الربح دون أصل المال، فإن ظهر ربح فشراؤه كشراء أحد الشريكين من شريكه.

42- مسألة: (وإن اشترى أحد الشريكين نصيب شريكه صح).

لأنه يشترى ملك غيره، وقال أحمد فى الشـريكين فى الطعام يريد أحدهما بيع حصته من صاحبه: إن لم يكونا يعلمان كيله فلا بأس، وإن علما كيله فلا بد من كيله، يعنى أن من علم مبلغ شىء لم يبعه صبرة، وإن باعه إياه بالكيل والوزن جاز.

فـــصل: **ولو استأجـر أحد الشريكين من صاحبه دارًا ليـحرز فيها مال الشـركة أو غرائر جـــاز**، نص عليه أحمد فى رواية صـالح، وإن استأجره لنقل الطعام أو غلامه أو دابتـه ففيه روايتان: **إحداهما:** الجواز، لأن ما جاز أن يستأجر له غير الحيوان جاز أن يستأجر له الحيوان كمال الأجنبى، **والاخرى:** لا يجوز، لأن هذا لا تجب الأجرة فيه إلا بالعمل ولا يمكن إيفاء العمل فى المـشترك، لأن نصـيب المستـأجر غير مـتميـز من نصيب المؤجـر، فإذا لا تجب الأجرة، والدار والغـرائر لا يعتبر فـيها إيقاع العـمل إنما تجب بوضع العين فى الدار فـيمكن تسليم المعقود عليه.

43- مـسألة: **(وإن اشترى الجميع بطل فى نصيبه، لأنه ملكه)**.

وهل يصح فى حصة شريكه؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة، ويتخرج أن يصح فى الجميع بناء على صحة شراء رب المال من مال المضاربة.

فـــصل: **ولو استأجـر أحد الشريكين من صاحبه دارًا ليـحرز فيها مال الشـركة أو غرائر جاز**، نص عليه أحمد فى رواية صالح، وإن استأجره لنقل الطعام أو غلامه أو دابته جاز، لأن ما جاز أن يـستأجر له غـير الحيوان جـاز أن يستأجر له الحـيوان كمال الأجنبى، وفـيه رواية أخرى: لا يجوز لأن هذا لا تجب الأجرة فيه إلا بالعمل ولا يمكن إيفاء العمل فى المشترك، لأن نصيب المستأجـر غير متميز من نصيب المـؤجر فإذًا لا تجب الأجرة، والدار والغرائر لا يعتبر فيها إيقاع العمل، إنما يجب بوضع العين فى الدار فيمكن تسليم المعقود عليه.

44- مـــسـألة: **(وليس للمـضارب نفقـة إلا بشرط سواء كـانت تجارته فى الحـضر أو السفر)**.

وبهذا قال ابن سيرين وحماد بن أبى سليـمان، وهو ظاهر مذهب الشافعى، وقال الحسن والنخعى والأوزاعى ومالك وإسـحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى: ينفق من المـال المعروف إذا شخص به عن البلد، لأن سفره لأجل المال فكانت نفقته فيه كأجر الحمال.

ولنا: أن نفقتـه تخصه فكانت عليه كنفـقة الحضر وأجر الطبـيب وثمن الطبيب لأنه دخل على أنه لا يستـحق من الربح إلا الجزء المسمى فـلا يكون له غيره، ولأنه لو استـحق النفقة أفضى إلى أن يختص بالربح إذا لم يربح سوى النفقـة، فأما إن شرط له النفقة صح وله ذلك، لقول رسول الله ﷺ: «المؤمنون على شروطهم»(2) فإن قدر له ذلك فحسن، لأن فيه قطع المنازعة وزوال الاختـلاف، قال أحمد فى رواية الأثرم: أحب إلى أن يشترط نفـقة محدودة، وله ما قدر له من مأكول وملبوس ومركوب وغيره، وإن أطلق صح، نص عليه، وله نفقته من المأكول خاصة ولا كسوة له، قال أحمد: إذا قـال له نفقته فإنه ينفق، قيل له: فيكتسى؟ قال:

---

(2) أخرجـه البخارى معلقًـا: (٤/ ٥٢٧) من كتاب الإجـارة وأبو داود (٣/ ح ٣٥٩٤) والحاكم (٢/ ٤٩) والبيهقى (٦/ ٧٩) وابن عدى فى الكامل (٥/ ٦٨) وانظر إرواء العليل (١٣٠٣) وهو صحيح.

لا، إنما له النفقة، فإن كان سفره طويلاً يحتـاج إلى تجديد كسرة فظاهر كلام أحمد جوازها، لأنه قيل له فلم يشـترط الكسوة إلا أنه فى بلد بعيد وله مـقام طويل يحتاج فـيه إلى الكسوة؟ فقـال: إذا أذن له فى النفقة فـعل ما لم يحتـمل على مال الرجل ولم يكن ذلك قـصده، هذا معناه، وقال القـاضى وأبو الخطاب: إذا شرط له النفقة فله جـميع نفقته من مـأكول وملبوس بالمعروف، وقال أحمد: يـنفق على معنى ما كان ينفق على نفسه غير متعـد بالنفقة ولا مضر بالمال، ولم يذهب أحمد إلى تقدير النفقة، لأن الأسعار تختلف وقد تقل وقد تكثر.

45- مسألة: (**فإن اختلفا فى قدر النفقة فقال أبو الخطاب: يرجع فى القوت إلى الإطعام فى الكفارة وفى الكسوة إلى أقل ملبوس مثله**)لأنه العادة فينصرف الإطلاق إليه، كما انصرف إليه فى الإطعام فى الكفارة، فإن كان معه مال لنفسه أو مضاربة أخرى أو بضاعة لآخر فالنفقة على قدر المالين، لأنها لأجل السـفر، والسفر للمالين، فيجب أن تكون النفقـة مقسومة على قدرهمـا إلا أن يكون رب المال قد شـرط له النفقة من ماله مـع علمه بذلك، ولو أذن له فى السفر إلى موضع معين أو غير معين ثم لقيه رب المال فى السفر فى ذلك الموضع أو فى غيره وقد نض المـال فأخذ مـاله فطالبه العامل بنفـقة الرجوع إلى بلده لـم يكن له ذلك، لأنه إنما استحق النفقـة ما داما فى القراض، وقد زال فزالت النفقـة، ولذلك لو مات لم يجب تكفينه، وقيل: له ذلك، لأنه كان شرط له نفقة ذهابه ورجوعه وغره بتسفيره إلى الموضع الذى أذن له فيه معتقدًا أنه مستحق للنفقة ذاهبًا وراجعًا، فإذا قطع عنه النفقة تضرر بذلك.

46- مسألة: (**فأذن له فى التسرى فاشترى جارية ملكها وصار ثمنها قرضًا**)نص عليه أحمد، لأن البضع لا يباح إلا بملـك أو نكاح لقوله سبحانه: ﴿**إِلاَّ عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ**﴾ (المـؤمنون: ٦)ولم يوجد النكاح فتعـين الملك ويخرج ثمنها من المضاربة ويكون قرضًا فى ذمته لما ذكرنا.

47- مسألة: (**وليس للمضارب ربح حتى يستوفى رأس المال يعنى أنه لا يستحق أخذ شىء من الربح حـتى يـسلم رأس المـال إلى ربه**)ومتى كـان فى المال خسران وربح جـبرت الوضيعة من الربح سواء كان الربح والخسران فى مرة واحدة أو الخسران فى صفقة والربح فى الأخرى أو أحدهما فى سفرة والآخر فى أخرى، لأن الربح هو الفاضل عن رأس المال وما لم يفضل فليس بربح ولا نعلم فى هذا خلافًا.

فـصل: وفى ملك العامل نصيبه من الربح قبل القـسمة روايتان: **إحداهما**:يملكه، ذكره القاضى، وهو قول أبى حنيفة، **والأخـرى**:لا يملكه، ذكرها أبو الخطاب، وهو قول مالك، وللشافـعى قولان كـالروايتين، واحـتج من لم يملكه أنه لو ملكه لاختص بربـحه ولوجب أن يكون شريكًا لرب المال كشـريكى العنان، ووجه الأول أن الشرط صحيح فيثبـت مقتضاه وهو

٨٣٥- **مسألة:** قال: (**وإذا اشترى سلعتين فربح فى إحداهما وخسر فى الأخرى جبرت الوضيعة من الربح**).

وجملته: أنه إذا دفع إلى المضارب ألفين فاشترى بكل ألف عبدًا فربح فى أحدهما وخسر فى الآخر أو تلف وجب جبر الخسران من الربح، ولا يستحق المضارب شيئًا إلا بعد كمال

أن يكون له جزء من الربح، فإذا وجد وجب أن يملكه بحكم الشرط كما يملك المساقى حصته من الثمرة بظهورها، وقياسًا على كل شرط صحيح فى عقد، ولأنه مملوك ولا بد له من ملك، ورب المال لا يملكه اتفاقًا ولا تثبت أحكام الملك فى حقه فلزم أن يكون للمضارب، ولأنه يملك المطالبة بالقسمة، فكان مالكًا كأحد شريكى العنان ولا يمتنع أن يملكه ويكون وقاية لرأس المال كنصيب رب المال من الربح، وبهذا امتنع اختصاصه بربحه، ولأنه لو اختص بربحه لاستحق من الربح أكثر مما شرط له، ولا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه، قال أحمد فى المضارب يطأ جارية من المضاربة: فإن لم يكن ظهر فى المال ربح لم تكن أم ولده، وإن ظهر فيه ربح فهى أم ولده، وفيه دليل على أنه يملك الربح بالظهور، وهذا ظاهر المذهب.

فصل: إذا دفع إلى رجل مائة مضاربة فخسر عشرة ثم أخذ رب المال منها عشرة لم ينقص رأس المال بالخسران، لأنه قد يربح فيجبر الخسران لكنه ينتقص بما أخذه رب المال وهى العشرة وقسطها من الخسران وهو درهم وتسع ويبقى رأس المال ثمانية وثمانين وثمانية أتساع درهم، فإن كان أخذ نصف التسعين الباقية بقى رأس المال خمسين، لأنه أخذ نصف المال فسقط نصف الخسران، وإن كان أخذ خمسين بقى أربعة وأربعون وأربعة أتساع، ولذلك إذا ربح المال ثم أخذ رب المال بعضه كان ما أخذه من الربح ورأس المال فلو كان رأس المال مائة فربح عشرين فأخذها رب المال بقى رأس المال ثلاثة وثمانين وثلثًا، لأنه أخذ سدس المال فنقص رأس المال سدسه وهو ستة عشر وثلثان وحقها من الربح ثلاثة وثلث، ولو كان أخذ ستين بقى رأس المال خمسين، لأنه أخذ نصف المال فبقى نصفه، وإن كان أخذ خمسين بقى ثمانية وخمسون وثلث، لأنه أخذ ربع المال وسدسه بقى ثلثه وربعه وهو ما ذكرنا فإن أخذ ستين ثم خسر فى الباقى فصار أربعين فردها كان له على رب المال خمسة، لأن ما أخذه رب المال انفسخت فيه المضاربة فلا يجبر بربحه خسران ما بقى فى يده لمفارقته إياه، وقد أخذ منه الربح عشرة، لأن سدس ما أخذه ربح فكانت العشرة بينهما، وإن لم يرد الأربعين كلها بل رد منها إلى رب المال عشرين بقى رأس المال خمسة وعشرين.

48- **مسألة:** (**فإن اشترى سلعتين فربح فى إحداهما وخسر فى الأخرى أو تلفت جبرت الوضيعة من الربح**).

إذا دفع إلى المضارب ألفين فاشترى بكل ألف عبدًا فربح فى أحدهما وخسر فى الآخر أو

الألفين، وبهذا قال الشافعي، إلا فيما إذا تلف أحد العبدين، فإن أصحابه ذكروا فيه وجهًا ثانيًا أن التالف من رأس المــال، لأنه بدل أحد الألفيــن، ولو تلف أحد الألفين كــان رأس المال، فكذلك بدله.

ولنا: أنه تلف بعد أن دار في القــراض وتصرف في المال بالتجــارة فكان تلفه من الربح، كما لو كان رأس المال دينارًا واحدًا فاشترى به سلعتين، ولأنهما سلعتان تجبر خسارة إحداهما بربح الأخرى فجبر تلفها به، كما لو كان رأس المال دينارًا، ولأنه رأس مال واحد فلا يستحق المضارب فيه ربحًا حتى يكمل رأس المال كالذي ذكرنا، فأما إن تلف أحد الألفين قبل الشراء به والصرف فيه أو تلف بعضه انفسخت المضــاربة فيما تلف، وكان رأس المال الباقي خاصة، وقال بعض الشافعية: مذهب الشافعي أن التالف من الربح ورأس المال الألفان معًا، لأن المال إنما يصيره قراضًا بالقبض، فلا فرق بين هلاكه قبل التصرف وبعده.

ولنا: أنه مال هلك على جــهته قبل التصــرف فيه، فكان رأس المال البــاقي كما لو تلف القبض وفارق ما بعــد التصرف، لأنه دار في التجارة وشرع فــيما قصد بالعقــد من التصرفات المؤدية إلى الربح.

فــصل: وإذا دفع إليه ألفًا مضاربة ثم دفع إليه ألفــًا آخر مضاربة وأذن له في ضم أحدهما إلى الآخر قبل التصرف في الأول جاز وصارا مضاربة واحدة، كما لو دفعهما إليه مرة واحدة،

تلف وجب جبر الخســران من الربح، ولا يستحق المضارب شيئًا إلا بعــد كمال الألفين، وبه قال الشافعي إلاَّ فيما إذا تلف أحد العبدين، فــإن أصحابه ذكروا فيه وجهًا ثانيًا: أن التالف من رأس المال، لأنه بدل أحد الألفين، ولو تلف أحد الألفين كان من رأس المال فكذلك بدله.

ولنا: أن تلفه بعد أن دار في القراض وتصرف في المال بالتجارة كان تلفه من الربح، كما لو كان رأس المال دينــارًا فاشترى به سلعتــين، ولأنهما سلعتــان تجبر خســارة إحداهما بربح الأخرى فــجبر تلفــها به، كمــا لو كان رأس المــال دينارًا واحدًا، ولأنه رأس مال واحــد فلا يستحق المضارب فيه ربحًا حتى يكمل رأس المال كالذي ذكرنا.

49- مسألة: (وإن تلف بعض رأس المال قبل التصرف فيه انفسخت فيه المضاربة).

وكان رأس المال الباقي خاصة، وقال بعض أصحاب الشافعي: مذهب الشافعي أن التالف من الربح، لأن المال إنما يصير قراضًا بالقبض فلا فرق بين هلاكه قبل التصرف أو بعده.

ولنا: أنه مال هلك على جهته قبل التصرف فــيه فكان رأس المال الباقي كما لو تلف قبل القبض وفارق ما بعــد التصرف، لأنه دار في التجارة وشرع فــيما قصد بالعقــد من التصرفات المؤدية إلى الربح.

فــصل: إذا دفع إليه ألفًا مضاربة ثم دفع إليه ألفًا آخر، وأذن له في ضم أحدهما إلى الآخر قبل التصرف في الأول جــاز وصار مضاربة واحدة، كما لو دفعهما إليه جميعًا، وإن كان بعد

وإن كان بعد التصـرف فى الأول فى شراء المتاع لم يجز، لأن حكم الأول استـقر فكان ربحه وخسرانه مخـتـصًا به فضم الثانى إليـه يوجب جبران خسران أحدهما بـربح الآخر، فإذا شرط ذلك فى الثانى فسـد، فإن نض الأول جاز ضم الثانى إليـه لزوال المعنى، وإن لم يأذن له فى ضم الثـانى إلى الأول لم يجز له ذلك، نص عليـه أحمـد، وقال إسـحاق: له ذلك قـبل أن يتصرف فى الأول.

ولنا: أنه أفرد كل واحد بعقد فكانا عقدين لكل عقد حكم نفسه ولا تجبر وضيعة أحدهما بربح الآخر كما لو نهاه عن ذلك.

فـصـل: قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسـأل عن المضارب بربح ويضع مرارًا، فقال: يرد الوضيعـة على الربح، إلا أن يقبض المال صاحبـه ثم يرده إليه فيقول: اعمل به ثانيـة فما ربح بعد ذلك لا تجبر به وضيعة الأول، فـهذا ليس فى نفسى منه شىء، وأما ما لم يدفع إليه فحتى يحـتسبا حـسابًا كالقبض، كـما قال ابن سيريـن، قيل: وكيف يكون حسابًـا كالقبض؟ قالوا: يظهر المال، يعنى ينض ويجىء، فيحتسبـان عليه، فإن شاء صاحب المال قبضه، قيل له فيـحتسبـان على المتاع؟ فقـال: لا يحتسبـان إلا على الناض، لأن المتاع قد ينحـط سعره ويرتفع، قال أبو طالب: قيـل لأحمد: رجل دفع إلى رجل عشرة آلاف درهم مـضاربة فوضع فبقـيت ألف فحاسبه صاحـبها، ثم قال له: اذهب فاعـمل بها، فربح؟ قال: يقاسمـه ما فوق

التصـرف فى الأول فى شراء المـتاع لم يجز، لأن حكم الأول اسـتقر وكـان ربحه وخـسرانه مختصًا فـضم الثانى إليه يوجب جبر خسران أحدهما بـربح الآخر، فإذا شرط ذلك فى الثانى فسد، فإن نض الأول جاز ضم الثـانى إليه لزوال هذا المعنى، وإن لم يأذن فى ضم الثانى إلى الأول لم يجز، نص عليه أحمد، وقال إسحاق: له ذلك قبل أن يتصرف فى الأول.

ولنا أنه أفرد كل واحد بعقد فكانا عقدين لكل عقد حكم نفـسه فلا يجبر وضيعة أحدهما بربح الآخر كما لو نهاه عن ذلك.

50- مـسـألة: (وإن تلف المال ثم اشترى سلعة للمضـاربة به فهى له وثمنها عليه سواء علم بتلف المال قبل نقد الثمن أو جهل ذلك إلا أن يجيزه رب المال).

وذلك لأنه اشتراها فى ذمته وليست من مال الـمضاربة فاختصت به، لأنه لو صح شراؤه للمضاربة لكان مستدينًا على غيره والاسـتدانة على الإنسان بغير إذنه لا تجوز، فإن أجازه رب المال جاز فى إحـدى الروايتين والثمن عليه، لأن من اشتـرى شيئًا لغيـره بغير إذنه وقف على إجازته، فإن أجازه فهو له وإلا فـهو للمشترى وهذا كذلك، **والثـانيـة:** هو للعـامل على كل حال، لأن هذا زيادة فى مال المضاربة فلا تجوز.

51- مسألة: (فإن تلف بعد الشراء فالمضاربة بحالها والثمن على رب المال).

لأنه دار فى التـجارة ويصـير رأس المـال هذا الثـمن دون التالف، لأن الأول تلف قـبل

الألف، يعنى إذا كانت الألف ناضة حـاضرة، إن شاء صاحبهـا قبضها، فهـذا الحساب الذى كالقبض، فيكون أمره بالمضاربة بها فى هذه الحال ابتـداء مضاربة ثانية، كما لو قبضها منه ثم ردها إليه، فـأما قبـل ذلك فلا شيء للمضـارب حتى يكمل عـشرة آلاف درهم، ولو أن رب المال والمضـارب اقتسما الربح أو أخـذ أحدهما منه شيئًـا بإذن صاحبه والمضـاربة بحالها ثم سافر المضارب به فخسر كـان على المضارب رد ما أخذه من الربح، لأننا تبينا أنه ليس بربح ما لم تنجبر الخسارة.

فــصل: وإذا قارض فى مرضه صح، لأنه عـقد يبتغى به الفضل، فأشبه البيع والشراء، وللعامل ما شرط له من الربح وإن زاد على شرط مثله وإلا (٣٠) يحتسب به من ثلثه، لأن ذلك غير مستحق من مال رب المال، وإنما حصل بعمل المضارب فى المال، فما يوجد من الربح المشروط يحدث على ملك العامل، بخلاف ما لو حـابى الأجير فى الأجر، فإنه يحتسب بما حاباه من ثلثـه، لأن الأجر يؤخذ من ماله، ولـو شرط فى المساقـاة والمزارعة أكثـر من أجر المثل احتمل أن لا يحتسب به من ثلثه، لأن الثمرة تخرج على ملكيهما كالربح فى المضاربة، واحتمل أن يكون من ثلثه، لأن الثمـرة زيادة فى ملكه خارجة عن عينه، والربح لا يخرج عن عين المال إنما يحصل بالتقليب.

التصرف فيـه، وهذا قول بعض الشافعية، ومنهم من قـال: رأس المال هو التالف، حكى عن أبى حنيفة ومحمد بن الحسن.

ولنا: أن التالف تلف قبل التصرف فيه فلم يكن من رأس المال كما لو تلف قبل الشراء، فلو اشتـرى عبدين بمائة فـتلف أحدهما وباع الآخر بخـمسين فأخـذ منها رب المال خـمسة وعشرين بقى رأس الـمال خمسين، لأن رب المـال أخذ نصف المال الموجـود فسقط نصف الجبران، ولو لم يتلف العـبد وباعهما بمائة وعـشرين فأخذ رب المال ستين ثـم خسر العامل فيما معه عشرين فله من الربح خمسة، لأن سدس ما أخذه رب المال ربح للعامل نصفه، وقد انفسخت المضاربة فيه فلا يجبر به خسران الباقى ويبقى رأس المال خمسين، فإن اقتسما الربح خاصة ثم خسر عشرين فعلى العامل رد ما أخـذه وبقى رأس المال تسعين، لأن العشرة الباقية مع رب المال تحسب من رأس المال.

فــصل: ومهما بـقى العقد على رأس المال وجب جبر خـسرانه من ربحه وإن اقتسـما الربح، قال الأثرم: سـمعت أبا عبـد الله يُسأل عن المـضارب يربح ويضع مراراً، فـقال: يرد الوديعة على الربح إلا أن يقبض المال صاحبه ثم يرده إليه فـيقول: اعمل به ثانية فما ربح بعد ذلك لا يجبر به وضيعـة الأول فهذا ليس فى نفسى منه شيء، وأما ما لم يدفع فـحـتى يحتسبا

---

(٣٠)فى النسخة المطبوعة «ولا».

حسابًا كالقـبض كما قال ابن سيرين، قـيل: وكيف يكون حسابًا كالقبض؟ قـال: يظهر المال يعنى ينض ويجيء فيحتـسبان عليه، فإن شاء صاحب المـال قبضه، قيل له: فيحـتسبان على المتـاع؟ فقـال: لا يحتسـبان إلا على الناض، لأن المـتاع قـد ينحط سعره ويرتـفع، قال أبو طالب: قـيل لأحمـد: رجل دفع إلى رجل عشـرة آلاف درهم مضـاربة فوضع فـبقـيت ألف فحاسـبه صاحبه ثم قـال له: اذهب فاعمل بها فـربح؟ قال: يقاسمه مـا فوق الألف يعنى إذا كانت الألف ناضة حاضرة إن شاء صـاحبها قبضها، فهذا الحسـاب الذى كالقبض فيكون أمره بالمضاربة بها فى هذه الحال ابتداء مضاربة ثانية كما لو قبضها منه ثم ردها إليه، فأما قبل ذلك فلا شيء للمضارب حتى يكمل عشرة آلاف، ولو أن رب المال والمضارب اقتسما الربح وأخذ أحدهما شيئًا بإذن الآخر والمضاربة بحالها ثم خسر المضارب رد ما أخذ من الربح، لأننا تبينا أنه ليس بربح ما لم تنجبر الخسارة، والله أعلم.

52- مسألة: (وإذا ظهر الربح لم يكن للعامل أخذ شيء إلاَّ بإذن رب المال) .

لا نعلم فى هذا بين أهل العلم خلافًا لثلاثة أمور: **أحدها:** أن الربح وقاية لرأس المال لا يؤمن الخسران الذى يكون هذا الربح جابرًا له فـيخرج بذلك عن كونه ربحًا، **الثـانى:** أن رب المال شريكه فلم يكن له مقاسمة نفسه **الثالث:** أن ملكه غير مستقر عليه لأنه بعرض أن يخرج عن يديه لجبران خسارة المال، فإن أذن رب المال فى ذلك جاز، لأن الحق لا يخرج عنهما.

53- مسألة: (وإذا طلب العامل البيع فأبى رب المال أجبر إن كان فيه ربح وإلا فلا) .

وجـمـلة ذلك أن المضاربة من العقـود الجائزة تنفسخ بفسخ أحدهما أيهـما كان وبموته والحجر عليه لسفه كالوكالة، ويستوى فـى ذلك ما قبل التصرف وبعده، فإن انفسخت والمال ناض لا ربح فيه أخذه ربه، فإن كان فيه ربح قسماه على ما شرطا فإن انفسخت والمال عرض فاتفقا على بيـعه أو قسمه جاز، لأن الحق لهـما فجاز ما اتفقا عليـه، وإن طلب العامل البيع فـأبى رب المال وقـد ظهر فـى المال ربح أجـبر رب المـال على البـيع، وهذا قول الثـورى وإسحاق، لأن حق العـامل فى الربح ولا يظهر إلا بالبيع وإن لم يظهـر ربح لم يجبر، لأنه لا حق له فيه وقـد رضيه مالكه كذلك فلم يجـبر على بيعه، وهذا ظاهر مذهب الشـافعى، وقال بعضهم: فيه وجه آخر أنه يجبر، لأنـه ربما زاد فيه راغب فزاد على ثمن المثل فيكون للعامل فى البيع حظ.

ولنا: أن المضارب إنما استحق الربح إلى حين الفسخ وذلك لا يعلم إلا بالتقويم ألا ترى أن المستعير إذا غرس أو بنى أو المشترى كان للمعير والشفيع أن يدفعا قيمة ذلك إلى مستحق الأرض؟ فههنا أولى، وما ذكروه من احتمـال الزيادة بزيادة راغب على القيمة فإنما حدث ذلك بعد فسخ العقد فلا يستحقها العامل.

54- مسألة: (وإن انفسخ القراض والمال عرض فرضى رب المال أن يأخذ بماله عرضًا أو طلب البيع فله ذلك).

أما إذا رضى رب المال أن يأخذ بماله عرضًا فله ذلك، لأنه أسقط البيع عن المضارب وأخذ العروض بثمنها الذى يحصل من غيره، وأما إذا طلب البيع وأبى العامل ففيه وجهان: **أحدهما:** يجبر العامل عليه، وهو قول الشافعى، لأن عليه رد المال ناضّا كما أخذه، **والثانى:** لا يجبر إذا لم يكن فى المال ربح وأسقط العامل حقه من الربح، لأنه بالفسخ زال تصرفه وصار أجنبيًا من المال فأشبه الوكيل إذا اشترى ما يستحق رده فزالت وكالته قبل رده، ولو كان رأس المال دنانير فصار دراهم أو بالعكس فهو كما لو كان عرضًا على ما شرح، وإذا نض رأس المال جميعه لم يلزم العامل أن ينض له الباقى، لأنه شركة بينهما ولا يلزم الشريك أن ينض مال شريكه، ولأنه إنما لزمه أن ينض رأس المال ليرد إليه المال على صفته ولا يوجد هذا المعنى فى الربح.

55- مسألة: (وإن كان دينًا لزم العامل تقاضيه) سواء ظهر فى المال ربح أو لم يظهر، وبه قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: لا يلزمه إلا أن يظهر ربح، لأنه لا غرض له فى العمل فهو كالوكيل.

ولنا: أن المضاربة تقتضى رد المال على صفته والديون لا تجرى مجرى الناض فلزمه أن ينضه، كما لو ظهر ربح، وكما لو كان رأس المال عرضًا، ويفارق الوكيل فإنه لا يلزمه رد المال كما قبضه، ولهذا لا يلزمه بيع العروض ولا فرق بين كون الفسخ من العامل أو رب المال، فإن اقتضى منه قدر رأس المال أو كان الدين قدر الربح أو دونه لزم العامل تقاضيه أيضًا، لأنه إنما يستحق نصيبه من الربح عند وصوله إليهما على وجه يمكن قسمته، ووصول كل واحد منهما إلى حقه لا يحصل ذلك إلا بعد تقاضيه.

فصل: إذا مات أحد المتقارضين أو جُن انفسخ القراض، وقد ذكرناه، فإن كان برب المال فأراد الوارث أو وليه إتمامه والمال ناض جاز ويكون رأس المال وحصته من الربح رأس المال وحصة العامل من الربح شركة له مشاع وهذه الإشاعة لا تمنع، لأن الشريك هو العامل وذلك لا يمنع التصرف، وإن كان المال عرضًا وأرادوا إتمامه فظاهر كلام أحمد جوازه، لأنه قال فى رواية على بن سعيد: إذا مات رب المال لم يجز للعامل أن يبيع ويشترى إلا بإذن الورثة، فظاهر هذا إبقاء العامل على قراضة، وهو منصوص الشافعى، لأن هذا إتمام للقراض، لا ابتداء له، ولأن القراض إنما منع منه فى العروض، لأنه يحتاج عند المفاصلة إلى رد مثلها أو قيمتها، ويختلف ذلك باختلاف الأوقات وهذا غير موجود ههنا، لأن رأس المال غير العروض وحكمه باق، ألا ترى أن للعامل أن يبيعه ليسلم رأس المال ويقسم الباقى؟ وذكر

فـــصل: وإذا مات رب المـال، قدمنا حصـة العامل على غرمـائه ولم يأخذوا شيـئًا من نصيـبـه، لأنه يملك الربح بالظهور فكان شـريكًا فيه وليس لرب المال شيء من نصيبـه فهو كالشـريك بماله، ولأن حقه مـتعلق بعين المـال دون الذمة فكان مقدمًـا كحق الجناية، ولأنه متعلق بالمال قبل الموت، فكان أسبق كحق الرهن.

القاضـي وجهًا آخـر أنه لا يجوز، لأن القـراض قد بطل بالمـوت، وهذا ابتداء قـراض على عروض، قـال شيخنا: وهذا الوجـه أقيس، لأن المال لو كان نـاضًا كان ابتداء قـرض وكانت حصة العـامل من الربح شركة يختص بهـا دون رب المال، وإن كان المال ناقصًـا بخسارة أو تلف كان رأس المال الموجود منه حال ابتـداء القراض فلو جوزنا ابتداء القراض ههنا وبناءهما على القراض لصارت حصـة المضاربة من الربح غير مخـتصة به وحصتها من الربح مـشتركة بينهما وحسـبت عليه العروض بأكثر من قيمـتها فيما إذا كان المـال ناقصًا، وهذا لا يجوز فى القراض بلا خلاف، وكلام أحمد محمول على أنه يبـيع ويشترى بإذن الورثة كبيعه وشرائه بعد انفساخ القراض، فأما إن مـات العامل أو جن وأراد رب المال ابتداء القراض مع وارثه أو وليه والمال ناض جاز، كمـا قلنا فيما إذا مات رب المال، وإن كان عرضًـا لم يجز ابتداء القراض على العروض بأن تقـوم العروض ويجعل رأس المـال قيمتـها يوم العقـد، لأن الذى كان منه العمل قـد جن أو مات وذهب عمله ولم يخلف أصـلاً يبنى عليه وارثه، بخلاف مـا إذا مات رب المال فإن مال القراض موجود ومنافعه مـوجودة فأمكن استدامة العقد وبناء الوارث عليه، وإن كان المال ناضًا جاز ابتداء القراض فيه، فإن لم يبتدئاه لم يكن للوارث شراء ولا بيع، لأن رب المال إنما رضى باجـتهاد وارثه، فإذا لم يرض ببـيعه رفعه إلى الحـاكم ليبيعـه، فإن كان الميت رب الـمال فليس للعامـل الشراء، لأن القراض انفـسخ، وأما البـيع فالحكم فـيه وفى التقويم واقتضاء الدين على ما ذكرناه إذا انفسخت المضاربة ورب المال حى.

56- **مسألة: (وإن قارض فى المرض فالربح من رأس المال وإن زاد على أجر المثل)**.

إذا قارض فى مرضـه صح، لأنه عقد يبتغى فيـه الفضل أشبه البيع والشـراء، وللعامل ما شرط له، وإن زاد على أجـر مثله، ولا يحتسب به من ثلثـه، لأن ذلك غير مسـتحق من رب المال، وإنما حصل بعـمل المضارب فما يوجد من الربح المشـروط يحدث على ملك العامل ولا يزاحم به أصحاب الوصايا، لأنه لو أقرض المال كان الربح كله لـلمقترض فبعضه أولى، وهذا بخلاف ما لو حابى الأجير فى الأجرة فإنه يحـتسب بما حاباه من ثلثه، لأن الأجر يؤخذ من ماله، ولو شرط فى المسـاقاة والمزارعة أكثر من أجر المثل احـتمل أن لا يحتسب به من ثلثه، لأن الثمـرة تخرج على ملكيهمـا كالربح فى المضاربة، واحـتمل أن يكون من ثلثه لأن الثمرة زيادة فى ملكه خارجة من عينه، والربح لا يخرج من عين المال إنما يحصل بالتقليب.

57- **مسألة: (ويقدم به على سائر الغرماء إذا مات رب المال)** لأنه يملك الربح بالظهور

فـصل: وإن مات المضارب ولم يعرف مال المضاربة بعينه صار دينًا فى ذمته، ولصاحبه **أسوة الغـرماء**، وقال الشافعى: ليس على المضارب شىء، لأنه لم يكن له فى ذمته وهو حى شىء ولم يعلم حدوث ذلك بالموت، فإنه يحتمل أن يكون المال قد هلك.

ولنا: أن الأصل بقاء المـال فى يده واختلاطه بجملة التركـة، ولا سبيل إلى معـرفة عينه فكان دينًا كالوديعة إذا لم تعرف عينها، ولأنه لا سبيل إلى إسقاط حق رب المال، لأن الأصل بقاؤه ولم يوجـد ما يعارض ذلـك ويخالفه، ولا سـبيل إلى إعطائه عينًـا من هذا المال، لأنه يحتمل أن يكون من غير مال المضاربة، فلم يبق إلا تعلقه بالذمة.

٨٣٦- **مسألة:** قال: (**وإذا تبين للمضارب أن فى يده فضلاً لم يكن له أخذ شىء منه إلا بإذن رب المال**).

وجملته: أن الربح إذا ظهر فى المضاربة لم يجز للمـضارب أخذ شىء منه بغير إذن رب المال، لا نعلم فى هذا بين أهل العلم خلافًـا وإنما لم يملك ذلك لأمور ثلاثة: **أحـدها:** أن الربح وقاية لرأس المال، فلا يأمن الخسران الذى يكون هذا الربح جائزًا له، فيخرج بذلك عن أن يكون ربحًا، **الثانى:** أن رب المال شريكه فلم يكن له مقاسمة نفسه، **الثالث:** أن ملكه عليه غير مستقر، لأنه بعرض أن يخـرج عن يده بجبران خسارة المال، وإن أذن رب المال فى أخذ شىء جاز لأن الحق لهما لا يخرج عنهما.

فكان شريكًا فيـه، ولأن حقه متعلق بعين المـال دون الذمة فكان متقدمًا على المـتعلق بالذمة كحق الجناية أو كالمرتهن.

58- **مسألة:** (**وإن مات المضارب ولـم يعرف مال المضاربة فهو دين فى تركته**).

وكذلك الوديعة ولصاحبه أسوة الغـرماء، وقال الشافعى: ليس على المضارب شىء، لأنه لم يكن فى ذمـته وهو حى ولم يعلم حـدوث ذلك بالموت فـإنه يحتـمل أن يكون المـال قد هلك.

ولنا: أن الأصل بقاء المال فى يده واختلاطه بجملة التركة ولا سبيل إلى معرفة عينه فكان دينًا كالوديعة إذا لم يعرف عينها وكما إذا خلطهـا بماله على وجه لا يتميز منه، ولأنه لا سبيل إلى إسقاط حق رب المـال، لأن الأصل بقاؤه ولم يوجد ما يعارض ذلك ويخالفـه ولا سبيل إلى إعطائه عينًا من التركة، لأنه يحتمل أن تكون غير مال المضاربة فلم يبق إلا تعلقه بالذمة.

فـصل: قـال ﷺ: (**والعامل أمين والقول قوله فيـما يدعيه من هلاك وخسران**) لأنـه متصرف فى مال غيره بإذنه لا يختص بنفعه أشبه الوكيل بخـلاف المستعير، فإن قبضه لمنفعته خاصة، والقول قوله فـيما يدعيه من تلف المال أو بعضه أو خسارة فـيه، ولا ضمان عليه فى ذلك كالوكيل، والقول قوله فيما يدعى عليه من خيانة أو تفريط، وفيما يدعى أنه اشتراه لنفسه أو للقراض، لأن الاختلاف ههنا فـى نيته وهو أعلم بها لا يطلع عليها غـيره فكان القول قوله

فصل: وإن طلب أحدهما قسمة الربح دون رأس المال وأبى الآخر قدم قول الممتنع، لأنه إن كان رب المال فلأنه لا يأمن الخسران في رأس المال فيجبره بالربح، وإن كان العامل فإنه لا يأمن أن يلزمه رد ما أخذ في وقت لا يقدر عليه وإن تراضيا على ذلك جاز، لأن الحق لهما وسواء اتفقا على قسمة جميعه أو بعضه أو على أن يأخذ كل واحد منهما شيئًا معلومًا ينفقه، ثم متى ظهر في المال خسران أو تلف كله لزم العامل رد أقل الأمرين مما أخذه أو نصف خسران المال إذا اقتسما الربح نصفين، وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق، وقال أبو حنيفة: لا تجوز القسمة حتى يستوفي رب المال ماله، قال ابن المنذر: إذا اقتسما الربح ولم يقبض رب المال رأس ماله، فأكثر أهل العلم يقولون برد العامل الربح حتى يستوفي رب المال ماله.

ولنا على جواز القسمة: أن المال لهما، فجاز لهما أن يقتسما بعضه كالشريكين، أو نقول: إنهما شريكان، فجاز لهما قسمة الربح قبل المفاصلة كشريكي العنان.

فصل: والمضاربة من العقود الجائزة تنفسخ بفسخ أحدهما أيهما كان، وبموته وجنونه والحجر عليه لسفه، لأنه متصرف في مال غيره فهو كالوكيل ولا فرق بين ما قبل التصرف وبعده، فإذا انفسخت والمال ناض لا ربح فيه أخذه ربه، وإن كان فيه ربح قسما الربح على ما

فيما نواه، كما لو اختلف الزوجان في نية الزوج بكناية الطلاق، ولأنه أمين في الشراء فكان القول قوله كالوكيل، ولو اشترى عبدًا فقال رب المال: كنت نهيتك عن شرائه فأنكر العامل فالقول قوله، لأن الأصل عدم النهي ولا نعلم في هذا كله خلافًا، وكذلك القول قوله في قدر رأس المال، كذلك قال الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي حكاه عنهم ابن المنذر وقال: أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم، وبه نقول، لأنه يدعى عليه قبض شيء وهو ينكره والقول قول المنكر.

59- **مسألة: (والقول قول رب المال في رده إليه مع يمينه)** نص عليه أحمد، ولأصحاب الشافعي وجهان: **أحدهما:** كقولنا، **والآخر:** يقبل قول العامل، لأنه أمين، ولأن معظم النفع لرب المال فالعامل كالمودع، وينبغي أن يخرج لنا مثل ذلك بناء على دعوى الوكيل الرد إذ كان بجعل، ووجه الأول أنه قبض المال لنفع نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير، ولأن رب المال منكر والقول قول المنكر والمودع لا نفع له في الوديعة، وقولهم إن معظم النفع لرب المال، ممنوع، وإن سلم إلاَّ أن المضارب لم يقبضه إلا لنفع نفسه لم يأخذه نفع رب المال.

60- **مسألة: (وفي الجزء المشروط للعامل)** إذا اختلفا فيما شرط للعامل ففيه روايتان:
إحداهما: القول قول رب المال، نص عليه في رواية ابن منصور وسندي، وبه قال الثوري وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر، لأن رب المال منكر للزيادة التي ادعاها

شرطاه، وإن انفسخت والمـال عرض فاتفـقا على بيعـه أو قسمـه جاز، لأن الحق لهـما لا يعدوهما، وإن طلب العامل البيع وأبى رب المال وقد ظهر فى المال ربح أجبر رب المال على البيع، وهـو قول اسحـاق والثورى، لأن حق العـامل فى الربح ولا يظهر إلا بالبـيع، وإن لم يظهر ربح لم يجبـر، لأنه لا حق له فيه وقد رضيـه مالكه كذلك فلم يجبـر على بيعه، وهذا ظاهر مذهب الشافعى، وقال بعضهم: فيه وجـه آخر، أنه يجبر على البيع، لأنه ربمـا زاد فيه زائد أو رغب فيه راغب فزاد على ثمن المثل، فيكون للعامل فى البيع حظ.

ولنا: أن المضارب إنما استحـق الربح إلى حين الفسخ، وذلك لا يعلم إلا بالتقويم، ألا ترى أن المستعـير إذا غرس أو بنى أو المشترى كان للـمعير والشفيع أن يدفعـا قيمة ذلك لأنه مستحق للأرض فـهـهنا أولى، وما ذكروه من احتمال الزيادة بزيادة مزايد أو راغب عـلى قيمته

فإنما حدث ذلك بعد فسخ العقد فلا يستحقها العامل، وإن طلب رب المال البيع وأبى العامل ففيه وجهان: **أحدهما:** يجبر العامل على البيع، وهو قول الشافعى، لأن عليه رد المال ناضًا كما أخذه، **والثانى:** لا يجبر إذا لم يكن فى المال ربح أو أسقط حقه من الربح، لأنه بالفسخ زال تصرفه وصار أجنبيّا من المال، فأشبه الوكيل إذا اشترى ما يستحق رده، فزالت وكالته قبل رده، ولو كان رأس المال دنانير فصار دراهم أو دراهم فصار دنانير فهو كما لو كان عرضًا على

العامل، والقـول قول المنكر، **والثانـية:** أن العامل إن ادعى أجر المثل أو مـا يتغابن الناس به فالقـول قوله، لأن الظاهر صدقـه وإن ادعى أكثر فـالقول قول رب المـال فيمـا زاد على أجر المثل، كالزوجين إذا اختلفا فى الصداق، وقال الشافـعى: يتحالفان، لأنهما اختلفا فى عوض عقد فيتحالفان كالمتبايعين.

ولنا: قول النبى ﷺ: «ولكن اليمين على المدعى عليه»(3) ولأنه اختلاف فى المضاربة فلم يتحالفا كسائر ما قدمنا اختلافهما فـيه والمتبايعان يرجعان على رءوس أموالهما بخلاف ما نحن فيه.

61- مـسـألة: (وإن قال: أذنت لى فى البيع نـساء وفى الشراء بخمسـة فأنكره رب المال وقال: إنما أذنت لك فى البيع نقدًا وفى الشراء بأربعة فالقول قول العامل).

نص عليه أحمد وبه قـال أبو حنيفة، وقيل: القول قول رب المـال، وهو قول الشافعى، لأن الأصل عدم الإذن، ولأن القول قول رب المال فى أصل الإذن فكذلك فى صفته.

ولنا أنهما اتفقا على الإذن واختلفا فى صفته فكان القول قول العامل، كما لو قال: نهيتك عن شراء عبد فأنكر النهى.

---

(3) أخرجه البخارى (٥/ ح٢٥١٤/ فتح) ومسلم (٣/ أقضية/ ١٣٣٦/ ح ١٧١١) بلفظ: «اليـمين على المدعى عليه» والترمذى (٣/ ١٣٤٢) وابن ماجه (٢/ ٢٣٢١) والدارقطنى (٤/ ١٥٧) والبيهقى (٨/ ٢٧٩) (١٠/ ٢٥٢) ولفظ المصنف، قال الألبانى فى الإرواء (٢٦٨٥): صحيح.

ما شرح، وإذا نض رأس المــال جميعه لم يــلزم العامل أن ينض له الباقى، لأنه شركــة بينهما ولا يلزم الشريك أن ينض مــال شريكه، ولأنه إنمــا لزمه أن ينض رأس المال ليـرد رأس ماله على صفته ولا يوجد هذا المعنى فى الربح.

فصل: وإن انفسخ القراض والمال دين لزم العامل تقاضيه، سواء ظهر فى المال ربح أو لم يظهر، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: إن ظهر ربح لزمه تقاضيه، وإن لم يظهر ربح لم يلزمه تقاضيه، لأنه لا غرض له فى العمل، فهو كالوكيل.

ولنا: أن المضاربة تقـتضى رد رأس المال على صفته، والديون لا تجـرى مجرى النَّاضِّ فلزمه أن ينضه، كما لو ظهر فى المال ربح، وكما لو كان رأس المال عَرْضًا، ويفارق الوكيل، فإنه لا يلزمه رد المال كما قبضــه، ولهذا لا يلزمه بيع العروض، ولا فرق بين كون الفسخ من العامل أو رب المال، فـإن اقتضى منه قدر رأس المال، أو كــان الدين قدر الربح أو دونه لزم العامل تقاضــيه أيضًا، لأنه إنما يستحق نصــيبه من الربح عند وصوله إليهــما على وجه يمكن قسمته، ووصول كل واحد منهما إلى حقه منه، ولا يحصل ذلك إلا بعد تقاضيه.

فـــصل: وأى المتقارضــين مات أو جُن انفسخ القراض، لأنه عقد جــائز فانفسخ بموت أحدهما وجنونه كالتوكيل، فإن كــان الموت أو الجنون برب المال فأراد الوارث أو وليه إتمامه والمال ناض جاز، ويكون رأس المال وحصته من الربح رأس المال وحصة العامل من الربح

62- **مسألة: (وإن قال: ربحت ألفًا ثم خسرتها أو تلف، قُبل قوله)** لأنه أمين يقبل قوله فقبل فى الخسارة كالوكيل.

63- **مسألة: (وإن قال غلطت أو نسيت، لم يقبل قوله)** لأنه مقر بحق لآدمى فلم يقبل قوله فى الرجــوع عنه، كما لو أقر بأن رأس المــال ألف ثم رجع، ولو أن العامل خســر فقال لرجل: أقرضنى ما أتمم به رأس المال لأعرضــه على ربه، فإنى أخشى أن ينزعه منى إن علم بالخسارة فأقـرضه فعرضه على رب المال، فقال: هذا رأس مــالك فأخذه فله ذلك، ولا يقبل رجوع العامل عن إقراره إن رجــع ولا شهادة المقرض له، لأنه يجر إلى نفســه نفعًا، وليس له مطالبة رب المال، لأن العامل ملكه بالقــرض ثم سلمه إلى رب المال وأقر أنه له ولكن يرجع المقرض على العامل لا غير.

فصل: وإذا دفع رجل إلى رجلين مالاً قراضًــا على النصف فنص المال وهو ثلاثة آلاف فقال رب المال: رأس المــال ألفان فصدقه أحدهما، وقال الآخــر: بل هو ألف، فالقول قول المنكر مع يمــينه، فإذا حلف أنه ألف فـالربح ألفــان ونصيــبه منهــما خمــسمــائة يبقى ألــفان وخمــسمائة يأخذ رب المــال ألفين، لأن الآخر يصــدقه يبقى خمــسمائة ربحًــا بين رب المال والعامل الآخر يقتـسمانه أثلاثًا لرب المال ثلثاها وللعامل ثلثــها، وذلك لأن نصيب رب المال نصف الربح ونصيب العامل ربعه فـيقسم بينهما باقى الربح على ثلاثة وما أخذه الحــالف فيما

شركة لـه مشاعة، وهذه الإشاعـة لا تمنع لأن الشريك هو العامل، وذلك لا يمنع الـتصرف، فإن كان المـال عرضًا وأرادوا إتمامـه فظاهر كلام أحمد: جـوازه، لأنه قال فى رواية على بن سعـيد: إذا مات رب المال لم يجـز للعامل أن يبيع ولا يشـترى إلا بإذن الورثة، فظاهر هذا: بقاء العامل على قراضه، وهو منصوص الـشافعى، لأن هذا إتمام للقرَاض لا ابتداء له، ولأن القراض إنما منع، فى العروض، لأنه يحـتاج عند المفاصلة إلى رد مثلها أو قسمـتها ويختلف ذلك باختلاف الأوقات، وهذا غير موجـود ها هنا لأن رأس المال غير العروض وحكمه باق، ألا ترى أن للعامل أن يبيعه ليسلم رأس المال ويقـسم الباقى، وذكر القاضى وجهًا آخر: أنه لا يجوز، لأن القراض قـد بطل بالموت، وهذا ابتداء قراض على عـروض، وهذا الوجه أقيس، لأن المال لو كان ناضًا كان ابتداء قراض، وكانت حـصة العامل من الربح شركة له يختص بها دون رب المال، وإن كان المال ناضًا بخسارة أو تلف كان رأس المال الموجود منه حال ابتداء القراض فلو جوزنا ابتداء القراض ها هنا وبناءهما على القراض لصارت حصة العامل من الربح غير مختصة به وحصتهما من الربح مشتركة بينهما وحسبت عليه العروض بأكثر من قيمتها فيما إذا كان المال ناقصًا وهذا لا يجوز فى القراض بغيـر خلاف، وكلام أحمد يحمل على أنه يبيع ويشترى بإذن الورثة كبيعه وشرائه بعد انفساخ القراض، فأما إن مات العامل أو جن وأراد ابتداء

زاد على قدر نصـيبه كـالتالف منهـما، والتالف يحـسب فى المضاربـة من الربح، وهذا قول الشافعى.

فصل: إذا دفع إلى رجل ألفًا يتجر فيه فربح، فقال العامل: كان قرضًا لى ربحه كله، وقال رب المال: كان قـراضًا ربحه بيننا، فالقـول قول رب المال، لأنه ملكه فكان القـول قوله فى صفة خروجه عن يده، فإذا حلف قسم الربح بينهمـا، ويحتمل أن يتحالفا ويكون للعامل أكثر الأمرين مما شرط له من الربح أو أجر مثله، لأنه إن كـان الأكثر نصيبه من الربح، فرب المال معتـرف له به وهو يدعى الربح كله، وإن كان أجر مثله أكـثر، فالقول قوله فى عـمله كما أن القول قـول رب المال فى ماله، فإذا حـلف قبل قوله فى أنه ما عـمل بهذا الشرط إنمـا عمل لغرض لم يسلم له فيكون له أجـر المثل، فإن أقام كل واحد منهما بيـنة بدعواه، فنص أحمد فى رواية مهنا: أنهما يتعارضان ويقسم المال بينهما نصفين، وإن قال رب المال: كان بضاعة، وقال العامل: كان قراضًا، احتمل أن يكون القول قول العامل، لأن عمله له فيكون القول قوله فيه ويحتمل أن يتحالفا ويكون للعامل أقل الأمرين من نصيبه من الربح أو أجر مثله لأنه يدعى أكثر من نصـيبه من الربح فلم يستحق زيـادة، وإن كان الأقل أجر مثله فلم يثبت كـونه قراضًا فيكون له أجر عمله، وإن قال رب المال: كان بضـاعة، وقال العامل: كان قرضًا، حلف كل واحد منهما على إنكار ما ادعاه خصمه، وكـان للعامل أجر عمله لا غير، وإن خسر المال أو تلف فقال رب المال: كان قرضًا، وقال العامل: كان قراضًا أو بضاعة فالقول قول رب المال.

القراض مع وارثه أو وليـه فإن كان ناضًا جـاز، كما قلنا فـيما إذا مات رب المـال، وإن كان عرضًـا لم يجز ابتداء القراض إلا على الوجـه الذى يجوز ابتداء القـراض على العروض، بأن تقوم العروض ويجعل رأس المال قيمتـها يوم العقد، لأن الذى كان منه العمل قد مات أو جن وذهب عـمله ولم يخلف أصـلاً يبنى عليه وارثه بخـلاف مـا إذا مات رب المـال فإن المـال المقارض عليـه موجود ومنافعه موجـود فأمكن استدامة العقـد وبناء الوارث عليه. وإن كان المال ناضًا جـاز ابتداء القراض فيـه إذا اختار ذلك، فإن لم يبتـدئاه لم يكن للوارث شراء ولا بيع، لأن رب المال إنما رضى باجتهـاد مورثه، فإذا لم يرض ببيعه رفعه إلى الحـاكم ليبيعه، فأما إن كان الميت رب المال فليس للعامل الشراء، لأن القراض انفسخ، فأما البيع فإن الحكم فيه وفى التقويم واقتضاء الدين على ما ذكرناه إذا فسخت المضاربة ورب المال حى.

فـصـل: إذا تلف المال قبل الشـراء انفسخت المضاربة لزوال المـال الذى تعلق العقد به وما اشـتراه بعد ذلك للمضـاربة فهو لازم له، والثـمن عليه ، سواء علم بـتلف المال قبـل نقد الثمن أو جهل ذلك، وهل يقف على إجـازة رب المال؟ على روايتين: **إحداهـما:** إن أجـازه فالثمن عليه والمضاربة بحالها، وإن لم يجزه لزم العامل، **والثانية:** هو للعامل على كل حال، فإن اشترى للمـضاربة شيئًا فتلف المـال قبل نقده فالشراء للمضـاربة وعقدها باق، ويلزم رب

فـــصل: وإذا شرط المـضارب النفـقة ثم ادعى أنه أنفق من ماله وأراد الـرجوع فله ذلك سواء كـان المال باقيًا فى يديه أو قـد رجع إلى مالكه ، وبه قال أبو حنيفـة: إذا كان المال فى يديه وليس له ذلك بعد رده.

ولنا: أنه أمين فكان القـول قوله فى ذلك كمـا لو كان باقيًـا فى يديه وكالوصى إذا ادعى النفقة على اليتيم.

فـصل: إذا كان عبد بين رجلين فباعه أحـدهما بأمر الآخر بألف، وقال له: اقبض ثمنه وادعى المشترى: أنه قبضه وصدقه الذى لم يبع برئ المشترى من نصف ثمنه لاعتراف شريك البائع بقبض وكيله حقه فبرئ المشترى منه كما لو أقر بقبضه بنفسه وتبقى الخصومة بين البائع وشريكه والمـشترى، فإن خـاصمه شريكه وادعى عليـه أنك قبضـته نصيبى من الثـمن فأنكر فالقول قـوله مع يمينه، فإن كان للمدعى بيـنه حكم بها، ولا تقبل شهادة المـشترى له، لأنه يجر بهـا إلى نفسه نفعًـا، وإن خاصم البائع المـشترى فالقـول قول البائع مع يمـينه فى عدم القبض، لأنه منكر، فإذا حلف أخـذ من المشترى نصف الثمن ولا يشاركـه فيه شريكه، لأنه يقر أنه يأخذه ظلـمًا فلا يستحق مـشاركته فيـه، وإن كانت للمشترى بينة حـكم بها ولا تقبل شهادة شـريكه عليه، لأنه يجر بهـا إلى نفسه نفعًـا ومن شهد شهادة يـجر بها إلى نفسـه نفعًا بطلت شهادته فى الكل، ولا فرق بين مخاصمة الشريك قبل مخاصمة المشترى أو بعدها وإن ادعى المشـترى أن شريك البـائع قبض الثمن مـنه فصدقـه البائع نظرت، فإن كـان البائع أذن

المال الثمن، ويصير رأس المال الثمن دون الـتالف، لأن ألأول تلف قبل التصرف فيه، وهذا قول بعض الشافـعية، ومنهم من قال: رأس المال هذا والتـالف، وحكى ذلك عن أبى حنيفة ومحمد بن الحسن.

ولنا: أن التـالف تلف قبل التـصرف فيـه، فلم يكن من رأس المـال، كما لو تلـف قبل الشراء، ولو اشترى عـبدين بمال المضاربة فتلف أحد العبـدين كان تلفه من الربح ولم ينقص رأس المال بتلفه، لأنه تلف بعد التـصرف فيه، وإن تلف العبدان كلاهما انفـسخت المضاربة لزوال مالها كله، فـإن دفع إليه رب المال بعد ذلك ألفًـا كان الألف رأس المال ولم يضم إلى المضاربة الأولى، لأنها انفسخت لذهاب مالها.

٨٣٧- **مسألة:** قال: **(وإذا اتفق رب المال والمضارب على أن الربح بينهما والوضيعة عليهما، كان الربح بينهما والوضيعة على المال).**

وجملته: أنه متى شرط على المضارب ضمان المال أو سهمًا من الوضيعة فالشرط باطل، لا نعلم فيه خلافًا والعقد صحـيح، نص عليه أحمد، وهو قول أبى حنيفة ومالك، وروى عن أحمد: أن العقد يفسد به، وحكى ذلك عن الشافعى، لأنه شرط فاسد فأفسد المضاربة كما لو شرط لأحدهما فضل دراهم والمذهب الأول.

لشريكه فى القبـض فهى كالتى قبلها، وإن لم يأذن له فـيه لم تبرأ ذمة المـشترى من شىء من الثمن، لأن البائع لم يوكله فى القبض، فقبضه لا يلزمه ولا يبرأ المشترى منه كما لو دفعه إلى أجنبى، ولا يقبل قول المـشترى على شريك البائـع، لأنه ينكره وللبائع بقدر نصيبـه لا غير، لأنه مقر أن شريكه قبض حقه ويلزم المشترى دفع نصيبه إليه من غير يمين، لأن المشترى مقر ببقاء حقه، وإن دفعه إلى شريكه لم تبرأ ذمته، فإذا قـبض حقه فلشريكه مشاركته فيما قبض، لأن الدين لهما ثابت بسـبب واحد فما قبض منـه يكون بينهما كما لو كـان ميراثًا، وله أن لا يشاركه ويطالب المشترى بحقه كله، ويحتـمل أن لا يملك الشريك مشاركته فيما قبض، لأن كل واحد منهما يـستحق ثمن نصيبه الذى ينفـرد به فلم يكن لشريكه مشاركته فـيما قبض من ثمنه كما لو باع كل واحد نصيبه فى صفقـة، ويخالف الميراث، لأن سبب استحقاق الورثة لا يتبعض فلم يكن للورثة تبعيضه، وههنا يتـبعض، لأنه إذا كان البائع اثنين كان بمنزلة عقدين، ولأن الوارث نائب عن الموروث فكان مـا يقبضه للموروث يشـترك فيه جـميع الورثة بخلاف مسألتنا فإن ما يقبضه لنفسه، فإن قلنا: له مشاركـته فيما قبض فعليه اليمين أنه لم يستوف حقه من المشترى ويأخذ من القابض نصف ما قبضه ويطالب المشترى ببقية حقه إذا حلف له أيضًا أنه ما قبض منه شـيئًا وليس للمقبـوض منه أن يرجع على المشترى بعـوض ما أخذ منه، لأنه مقر أن المشترى قد برئت ذمته من حـق شريكه، وإنما أخذ منه ظلمًا فلا يرجع بما ظلمه هذا على غيره، وإن خاصم المشترى شـريك البائع وادعى عليه أنه قبض الثمن منه وكانت له بينة

ولنا: أنه شرط لا يؤثـر فى جهالة الربح فلم يفـسد به، كمـا لو شرط لزوم المـضاربة، ويفارق شرط الدراهم، لأنه إذا فسد الشرط ثبتت حصة كل واحد منهما فى الربح مجهولة.

فـــصل: والشروط فى المضـاربة تنقسم قسمين: صحـيح وفاسد، فالصحـيح: مثل أن يشترط العامل أن لا يسافر بالمال، أو أن يسافر به، أو لا يتجر إلا فى بلد بعينه، أو نوع يعينه أو لا يشترى إلا من رجل بعينه، فهذا كله صـحيح، سواء كان هذا النوع مما يعم وجوده، أو لا يعم، والرجل ممن يكثر عنده المتاع أو يقل، وبهذا قال أبو حنيفة، وقال مالك والشافعى: إذا شرط أن لا يشـترى إلا من رجل بعـينه أو سلعة بعـينها أو ما لا يعم وجـوده، كاليـاقوت الأحـمر والخـيل البلق(٣١)، لم يصح، لأنه يمنع مقـصود المضـاربة، وهو التقليب وطلب الربح، فلم يصح، كما لو اشترط أن لا يبيع ويشترى إلا من فلان، أو أن لا يبيع إلا بمثل ما اشترى به.

ولنا: أنها مضاربة خاصة: لا تمنع الربح بالكلية، فصحت، كما لو شرط أن لا يتجر إلا فى نوع يعم وجوده، ولأنه عقد يصح تخصيصه بنـوع، فصح تخصيصه فى رجل بعينه وسلعة بعينها كالوكالة، وقولهم: إنه يمنع المقـصود، ممنوع، وإنما يقلله، وتقليله لا يمنع الصحة، كتخصـيصه بالنوع، ويفارق ما إذا شرط أن لا يبيع إلا برأس المـال، فإنه يمنع الربح بالكلية،

حكم بهـا وتقبل شـهادة البائع لـه إذا كان عدلاً، لأنه لا يـجر إلى نفسـه نفعًـا ولا يدفع عنه ضررًا، لأنه إذا ثبت أن شريـكه قبض الثمن لم يملك مطالبتـه بشىء، لأنه ليس بوكيل له فى القبض فلا يقع قبضه له، هكذا ذكر بعض أصحـابنا، قال شيخنا: وعندى لا تقبل شهادته له، لأنه يدفع عن نفسه ضرر مشاركة شريكه له فيما يقبضه من المشترى، فإذا لم يكن بينة فحلف أخذ من المشترى نصف الثمن، وإن نكل أخذ المشترى منه نصفه.

فـــصل: وإذا كان العبد بين اثنـين فغصب رجل نصيب أحدهما بأن يسـتولى على العبد ويمنع أحدهما الانتفاع دون الآخر ثم إن مالك نصفـه والغاصب باعا العبد صفقة واحدة صح فى نصيب المـالك وبطل فى نصيب الغاصب، وإن وكل الشريك الغـاصب أو وكل الغاصب الشريك فى البيع فباع العبد كله صفقة واحدة بطل فى نصيب الغاصب فى الصحيح وهل يصح فى نصيب الشريك؟ على روايتين بناء على تفريق الصفقـة وقد بطل البيع فى بعضها فيبطل فى سائرها بخـلاف ما إذا باع المـالك والغاصب، فإنهـما عقـدان، لأن عقد الـواحد مع الاثنين عقـدان، ولو أن الغاصب ذكـر للمشـترى أنه وكيل فى نـصفه لصح فى نصـيب الآذن لكونه كالعقد المنفرد.

فـــصل: إذا كان لرجلين دين بسبب واحـد إما عقد أو ميراث أو استـهلاك، أو غير ذلك فقبض أحدهما منه شيئًا فللآخـر مشاركته فيه فى ظاهر المذهب، وعن أحمد ما يدل على أن

---

(٣١) الأبلق من الخيل: ما فيه سواد وبياض.

وكذلك إذا قال: لا تبع إلا من فلان، ولا تشتـر إلا من فلان، فإنه يمنع الربح أيضًا، لأنه لا يشترى مـا باعه إلا بدون ثمنه الذى باعه به، ولهذا لو قال: لا تبع إلا مـمن اشتريت منه، لم يصح ذلك.

فـصل: ويصح تأقيت المـضاربة، مثل أن يقول: ضاربتك على هذه الدراهم سَنَةً، فإذا انقضت فلا تبع ولا تشتر، قال مهنا: سألت أحـمد عن رجل أعطى رجلاً ألفًا مضاربة شهرًا؟ قال: إذا مضى شهر يكون قرضًا، قال: لا بأس، قـلت: فإن جاء الشهر وهى متاع، قال: إذا باع المتاع يكون قرضًا، وقال أبو الخطاب: فى صحة شرط التأقيت روايتان: **إحداهـما:** هو صحيح، وهو قـول أبى حنيفة، **والثانـية:** لا يصح، وهو قول الشافعى ومـالك، واختيار أبى حفض العكبرى لثلاثة معان: **أحدها:** أنه عقد يقع مطلقًا، فإذا شرط قطعه لم يصح كالنكاح، **الثـانى:** أن هذا ليس من مقتضى العقد، ولا له فيه مـصلحة، فأشبه ما لو شرط أن لا يبيع، وبيان أنه ليس من مـقتضى العقد: أنه يقـتضى أن يكون رأس المال ناضّا، فإذا مـنعه البيع لم ينض، **الثالث:** أن هذا يؤدى إلى ضرر بالعامل، لأنه قد يكون الربح والحظ فى تبقية المتاع، وبيعه بعد السنة، فيمتنع ذلك بمضيها.

لأحدهما أخذ حقه دون صاحبه ولا يشاركـه الآخر فما أخذ، وهو قول أبى العالية وأبى قلابة وابن سيرين وأبى عبيد، قيل لأحمد: بعت أنا وصاحبى متاعًا بينى وبينه فأعطانى حقى وقال: هذا حقك خاصة وأنا أعطى شريكك بعد؟ قال: لا يجوز، قيل له: فإن أخره أو أبرأه من حقه دون صاحبه؟ قال: يجوز، قيل: فقد قال أبو عـبيد: يجوز أن يأخذ دون صاحبه إذا كان له أن يؤخر ويبرئه دون صاحبه، ففكر فيها ثم قال: هذا يشبه الميراث إذا أخذ منه بعض الورثة دون بعض، وقد قال ابن سيرين وأبو قلابة وأبو العالية: من أخذ شيـئًا فهو نصيبه، قال: فرأيته قد احتج له وأجازه، قال أبو بكر: العـمل عندى على ما رواه حنبل وحرب أنه لا يجوز أن يكون نصيب القـابض له فيما أخـذه لما فى ذلك من قسمـة الدين فى الذمة من غير رضـا الشريك فيكون المأخوذ والباقى جميعًا مشتـركًا، ولغير القابض الرجوع على القابض بحصته من الدين سواء كان المال باقـيًا فى يده أو أخرجه عنها برهن أو قضـاء دين أو غيره، وله أن يرجع على الغـريم، لأن الحق يثبت فى ذمـته لهـما على وجـه سواء فـليس له تسليم حق أحدهمـا إلى الآخر، فإن أخذ من الغريم لم يرجع على الشـريك بشىء، لأن حقه ثبت فى أحد المحلين، إذا اختـار أحدهما سـقط حقـه من الآخر، وليس للقـابض منعه من الرجوع علـى الغريم بأن يقول: أنا أعطيك نصف ما قبضت بل الخيرة إليـه من أيهما شاء قبض، فإن قبض من شريكه شيئًا رجع الشريك على الغريم بمثله، فإن هلك المـقبوض فى يد القابض تعين حقه فيه، ولم يضمنه للشريك، لأنه قدر حقه فما تعدى بالقبض وإنما كان لشريكه مشاركته لثبوته فى الأصل مشتركًـا، وإن أبرأ أحد الشريكين من حقه برئ منه، ولأنه بمنزلة تلفـه ولا يرجع على غريمه

ولنا: أنه تصرف بتوقت بنوع من المتاع، فجاز توقيته فى الزمان كالوكالة، والمعنى الأول الذى ذكروه يبطل بالوكالة والوديعة، والمعنى الثانى والثـالث: يبطل تخصيصه بنوع من المتاع لأن لرب المال منعه من البيع والشراء فى كل وقت إذا رضى أن يأخذا بماله عرضًا، فإذا شرط بذلك فقد شرط ما هو مقتضى العقد فصح كـما لو قال: إذا انقضت السنة فلا تشتر شيئًا، وقد سلموا صحة ذلك.

فـصل: وإذا اشترط المضارب نفـقة نفسه صح، سواء كان فى الحضـر أو السفر، وقال الشافعى: لا يصح فى الحضر.

ولنا: أن التجارة فى الحضر إحـدى حالتى المضاربة، فصح اشتراط النفقة فيـها كالسفر، ولأنه شرط النفقة فى مقابلة عمله فصح، كما لو اشترطها فى الوكالة.

فـصل: والشروط الفاسدة تنقـسم إلى ثلاثة أقسام: أحدها: ما ينافى مقتضى العقد، مثل أن يشترط لزوم المـضاربة، أو لا يعزله مدة بعينهـا، أو لا يبيع إلا برأس المال أو أقل، أو لا يبيع إلا ممن اشترى منه، أو شرط ألا يشترى، أو لا يبيع، أو أن يوليه ما يختاره من السلع أو

بشىء، وإن أبرأ أحدهما من عشر الدين ثم قبضا من الدين شيئًـا اقتسماه على قدر حقهما فى الباقى للمبرئ أربعة أتسـاعه ولشريكه خمسة أتساعه، فإن قـبضا نصف الدين ثم أبرأ أحدهما من عشر الدين كله نفذت بـراءته فى خمس الباقى، وما بقى بينهما على ثمـانية للمبرئ ثلاثة أثمانه وللآخر خمسة أثمانه فما قبضاه بعد ذلك اقتسماه على هذا، وإن اشترى أحدهما بنصيبه ثوبًا أو غيره فللآخر إبطال الشراء، فإن بذل له المشترى نصف الثوب ولا يبطل البيع لم يلزمه ذلك، وإن أجاز البيع ليملك نصف الثـوب انبنى على بيع الفضولى هل يقف على الإجازة أو لا؟ وإن أخر أحدهما حقـه من الدين جاز، لأنه لو أسقط حقه جاز فتـأخيره أولى، فإن قبض الشريك بعـد ذلك شيئًا لم يكن لشـريكه الرجوع عليه بشىء، ذكـره القاضى، والأولى أن له الرجوع، لأن الدين الحـال لا يتأجل بالتأجـيل فوجود التأجـيل كعدمـه، وأما إذا قلنا بالرواية الأخرى وأن ما يقبضه أحدهما له دون صاحبه، فوجهها أن ما فى الذمة لا ينتقل إلى العين إلا بتسليمه إلى غريمه أو وكيله وما قبضه أحدهما فليس لشريكه فيه قبض ولا لوكيله فلا يثبت له فيه حق، ويكون لقابضه لثبوت يده عليه بحق فأشبه ما لو كان الدين بسببين، وليس هذا قسمة الدين فى الذمة وإنما تعين حقه بقبضه فأشبه تعينه بالإبراء، ولأنه لو كان لغير القابض حق فى المقبوض لم يسقط بتلـفه كسائر الحقوق، ولأن هذا القبض إن كان بحق لم يشاركـه غيره فيه كما لو كـان الدين بسببين، وإن كان بغـير حق لم يكن له مطالبته، لأن حـقه فى الذمة لا فى العين فأشبه ما لو أخذ غاصب منه مالاً، فـعلى هذا ما قبضه القابض يختص به وليس لشريكه الرجوع عليه، وإن اشتـرى بنصيبه شيئًا صح ولم يكن لشريكه إبطال الـشراء، وإن قبض أكثر من حقه بغير إذن شريكه لم يبرأ الغريم مما زاد على حقه.

نحو ذلك، فهذه شروط فاسدة، لأنها تفوت المقصود من المضاربة وهو الربح، أو تمنع الفسخ الجائز بحكم الأصل، **القسم الثانى**: ما يعود بجهالة الربح، مثل أن يشترط للمضارب جزءًا من الربح مجهولاً، أو ربح أحد الكسبين، أو أحد الألفين أو أحد العبدين، أو ربح إحدى السفرتين، أو ما يربح فى هذا الشهر، أو أن حَقَّ أحدهما فى عبد يشتريه، أو يشترط لأحدهما دراهم معلومة بجميع حقه أو ببعضه، أو يشترط جزءًا من الربح لأجنبى، فهذه شروط فاسدة لأنها تفضى إلى جهل حق كل واحد منهما من الربح، أو إلى فواته بالكلية، ومن شرط المضاربة: كون الربح معلومًا، **القسم الثالث**: اشتراط ما ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه، مثل أن يشترط على المضارب المضاربة له فى مال آخر، أو يأخذه بضاعة أو قرضًا، أو أن يخدمه فى شيء بعينه أو يرتفق ببعض السلع، مثل أن يلبس الثوب ويستخدم العبد ويركب الدابة، أو يشترط على المضارب ضمان المال أو سهمًا من الوضيعة، أو أنه متى باع السلعة فهو أحق بها بالثمن، أو شرط المضارب على رب المال شيئًا من ذلك، فهذه كلها شروط فاسدة، وقد ذكرنا كثيرًا منها فى غير هذا الموضع معللاً، ومتى اشترط شرطًا فاسدًا يعود بجهالة الربح فسدت المضاربة، لأن الفساد لمعنى فى العوض المعقود عليه فأفسد العقد، كما لو جعل رأس المال خمرًا أو خنزيرًا، ولأن الجهالة تمنع من التسليم فتفضى إلى

فصل: الثالث: شركة الوجوه، وقد اختلف فى تفسيرها، قال الخرقى: وهو أن يشترك اثنان بمال غيرهما، وقال القاضى: معناها أن يدفع واحد ماله إلى اثنين مضاربة فيكون المضاربان شريكين فى الربح بمال غيرهما، لأنهما إذا أخذا المال بجاههما لم يكونا مشتركين بملك غيرهما وهذا محتمل، وقال غيره: معناها أنهما اشتركا فيما يأخذان من مال غيرهما، وحملوا كلام الخرقى على ذلك ليكون كلامه جامعًا لأنواع الشركة، وعلى تفسير القاضى تكون الشركة بين ثلاثة ويكون الخرقى قد أخل بذكر نوع من أنواع الشركة وهى شركة الوجوه على تفسير القاضى، فأما شركة الوجوه على ما ذكره شيخنا فى الكتاب المشروح فهى أن يشترك اثنان فيما يشتريان بجاههما وثقة التجار بهما من غير أن يكون لهما رأس مال على أن ما يشتريانه فهو بينهما نصفين أو أثلاثًا أو نحو ذلك ويبيعان ذلك، فما قسم الله من الربح فهو بينهما فهى جائزة سواء عين أحدهما لصاحبه ما يشتريه أو قدره أو ذكر صنف المال أو لم يعين شيئًا من ذلك بل قال: ما اشتريت من شيء فهو بيننا، قال أحمد فى رواية ابن منصور: فى رجلين اشتركا بغير رءوس أموالهما على أن ما يشتريه كل واحد منهما بينهما فهو جائز، وبهذا قال الثورى ومحمد بن الحسن وابن المنذر، وقال أبو حنيفة: لا يصح حتى يذكر الوقت أو المال أو صنفًا من الثياب، وقال مالك والشافعى: يشترط ذكر شرائط الوكالة، لأن شرائط الوكالة معتبرة فى ذلك من تعيين الجنس وغيره من شروط الوكالة، لأن كل واحد منهما وكيل صاحبه.

التنازع والاختـلاف، ولا يعلم ما يدفعـه إلى المضارب، ومـا عدا ذلك من الشروط الفـاسدة فالمنصوص عن أحمد فى أظهر الروايتين عنه: أن العقد صحيح، ذكره عنه الأثرم وغيره، لأنه عقـد يصح على مجـهول، فلم تبـطله الشروط الفـاسدة، كالنـكاح والعتاق والـطلاق، وذكر القاضى وأبو الخطاب رواية أخرى: أنهـا تفسد العقد لأنه شرط فـاسد، فأفسد العـقد كشرط دراهم معلومة، أو شرط أن يأخذ له بضاعة، والحكم فى الشركة كالحكم فى المضاربة سواء.

فصل: وفى المضاربة الفاسدة فصول ثلاثة: أحدها: أنه إذا تصرف نفذ تصرفه، لأنه أذن له فيه، فإذا بطل العقد بقى الإذن، فملك به التصرف كالوكيل، **فإن قيل**: فلو اشترى الرجل شراء فاسداً ثم تصرف فيه لم ينفـذ تصرفه، مع أن البائع قد أذن له فى التصرف، **قلنا**: لأن المشترى يـتصرف من جهة الملك لا بالإذن، فإن أذن له البـائع كان على أنه ملك المأذون له فإذا لم يملك لم يصح، وهـهنا أذن له رب المال فى التصرف فى ملك نفســه وما شرطه من الشرط الفاسد فليس بمشروط فى مقابلة الإذن، لأنه أذن له فى تصرف يقع له.

الفصل الثانى: أن الربح جميعه لرب المال، لأنه نماء ماله وإنما يستحق العامل بالشرط، فإذا فسدت المضاربـة فسد الشرط، فلم يستحق منه شيئًا وكان له أجـر مثله نص عليه أحمد، وهو مذهب الشافعى، واختار الشريف أبو جعفر: أن الربح بينهما على ما شرطاه، واحتج بما

ولنا: أنهما اشـتركا فى الابتيـاع وأذن كل واحد منهما للآخر فـيه فصح، وكان يتـبايعانه بينهما كمـا لو ذكرا شرائط الوكالة، **وقـولهم**: إن الوكالة لا تصح حتى يـقدر الثمن والنوع ممنوع، وإن سلم فإنمـا يعتبر فى الوكالة المـفردة، أما الوكالة الداخلة فى ضمن الشـركة فلا يعتبر فيها ذلك بدليل المضاربة وشركة العنان، فـإن فى ضمنها توكيلاً ولا يعتبر فيها شىء من هذا كذا هـهنا، فعلى هذا إن قال لرجل: ما اشتـريت اليوم من شىء فهو بينى وبينك نصفان، أو أطلق الوقت، فقال: نعم، أو قال: ما اشتـريت أنا من شىء فهو بينى وبينك نصفان، جاز وكانت شـركة صحـيحة، لأنه أذن له فى التـجارة على أن يكون المـبيع بينهمـا، وهذا معنى الشركة ويكون توكيـلاً له فى شراء نصف المتاع بنصف الثمن فيسـتحق الربح فى مقابلة ملكه الحاصل فى المبـيع سواء خص ذلك بنوع من المتاع أو أطلق، وكذلك لو قالا مـا اشتريناه أو ما اشتراه أحدنا من تجارة فهو بيننا فكل واحد وكيل صاحبه كفيل عنه بالثمن، لأن مبناها على الوكالة والكفالة، لأن كل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه ويبيعه كفيل عنه بذلك.

64- مسألة: (والملك بينهمـا على ما شرطاه) لقول رسول الله ﷺ «المؤمنون على شروطهم» والوضيعـة على قدر ملكيهما قياسًا على شـريكى العنان، لأنها فى معناها، والربح بينهما على ما شرطاه لذلك، ويحتمل أن يكـون على قدر ملكيهما، قاله القاضى، لأن الربح يستحق بـالضمان إذ الشركة وقـعت عليه خاصة إذ لا مـال لهما فيـشتركان على العـمل فيه، والضمان لا تفاضل فيه، فلا يجوز التفاضل فى الربح.

روى عن أحمـد أنه قال: إذا اشـتركـا فى العروض قسـم الربح على ما شـرطاه، قال: وهذه الشركة فاسدة، واحتج بأنه عقد يصح مع الجهالـة، فيثبت المسمى فى فاسده كالنكاح، قال: ولا أجر له، وجعل أحكامها كلها كأحكام الصحيحة، وقد ذكرنا هذا، قال القاضى أبو يعلى: والمذهب مـا حكينا وكلام أحـمد محـمول على أنه صـحح الشركة بالـعروض، وحكى عن مالك: أنه يرجع إلى قراض المثل، وحكى عنه: إن لم يربح فـلا أجر له، ومقتضى هذا: أنه إن ربح فله الأقل مما شـرط له أو أجر مثله، ويحتمل أن يثبت عندنا مثل هذا، لأنه إذا كان الأقل ما شرط فقد رضى به فلا يستحق أكثر منه كما لو تبرع بالعمل الزائد.

ولنا: أن تسمية الربح من توابع الـمضاربة أو ركن من أركانها فإذا فسدت فـسدت أركانها وتوابعها كالصلاة ولا نسلم فى النكاح وجوب المـسمى إذا كان العقد فاسدًا، وإذا لم يجب له المسمى وجب أجر المثل، لأنه إنما عمل ليأخذ المسمى فإذا لم يحصل له المسمى وجب رد عمله إليه، وذلك متعذر فتجب قيمته وهو أجـر مثله، كما لو تبايعا بيعًا فاسدًا وتقابضا وتلف أحد العوضـين فى يد القابض له وجب رد قيمـته، فعلى هذا سواء ظهـر فى المال ربح أو لم يظهر، فأما إن رضى المـضارب بالعمل بغير عوض مثل أن يـقول: قارضتك والربح كله لى، فالصحيح أنه لا شىء للمـضارب هـٰهنا لأنه تبرع بعمله، فأشـبه ما لو أعانه فى شىء أو توكل له بغير جعل أو أخذ له بضاعة.

ولنا أنهمـا شريكان فى العمل والمال فـجاز تفاضلهـما فى الربح مع تساويهمـا فى المال كشريكى العنان.

65- مسألة: (وهما فى التصرفات كشريكى العنان).

يعنى فيـما يجب لهما وعليـهما وفى إقرارهمـا وخصومتـهما وغير ذلك علـى ما ذكرناه وأيهما عزل صاحبـه عن التصرف انعزل، لأنه وكيله، وسميت شركة الوجـوه، لأنهما اشتركا فيمـا يشتريان بجاههـما، والجاه والوجه واحد، يـقال: فلان وجيه إذا كـان ذا جاه، قال الله تعالى فى موسى عليه السلام: ﴿وَكَانَ عِندَ اللَّهِ وَجِيهًا﴾ (الأحزاب: ٦٩).

فـصـل: الرابع: شـركـة الأبدان: وهى أن يشتركا فـيما يكتسبان بأبدانهمـا فهى شركة صحيحة، فهى أن يشـترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبونه من المبـاح كالحطب والحشيش والثمار المأخوذة من الجبال والاصطياد والمعـادن والتلصص على دار الحرب، فهذا جائز، نص عليه أحـمد فى رواية أبـى طالب فقـال: لا بأس أن يشـترك القـوم بأبدانهم وليس لـهم مال مـثل الصيادين والحـمالين والنخالين، وقد أشرك النبى ﷺ بين عـمار وسعد وابن مسعـود فجاء سعد بأسيرين ولم يـجيئا بشىء، وفسر أحمد صفـة الشركة فى الغنيمة، فقال: يشتـركان فيما يصيـبان من سلب المقـتول، لأن القاتل يختص به دون الغـانمين، وبه قال مـالك، وقال أبو حنيفة: يصح فى الصنـاعة ولا يصح فى اكتساب المبـاح كالاحتشاش والاغـتنام، لأن الشركة

الفصل الثالث: فى الضمان، ولا ضمان عليه فيما يتلف بغير تعديه وتفريطه لأنه ما كان القبض فى صحيحه مضمونًا كان مضمونًا فى فاسده، وما لم يكن مضمونًا فى صحيحه لم يضمن فى فاسده، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو يوسف ومحمد: يضمن.

ولنا: أنه عقد لا يضمن ما قبضه فى صحيحه، فلم يضمن فى فاسده، كالوكالة، ولأنها إذا فسدت صارت إجارة والأجير لا يضمن سكنى ما تلف بغير تعديه ولا فعله، فكذا هـهنا، وأما الشركة إذا فسدت فقد ذكرناها قبل هذا.

٨٣٨- **مسألة**: قال: **(ولا يجوز أن يقال لمن عليه دين: ضارب بالدين الذى عليك)**

نص أحمد على هذا، وهو قول أكثر أهل العلم، ولا نعلم فيه مخالفًا: قال ابن المنذر (٣٢): أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أنه لا يجوز أن يجعل الرجل دينًا له على رجل مضاربة، وممن حفظنا ذلك عنه عطاء والحكم وحماد ومالك والثورى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى، وبه قال الشافعى، وقال بعض أصحابنا: يحتمل أن تصح المضاربة، لأنه إذا اشترى شيئًا للمضاربة فقد اشتراه بإذن رب المال، ودفع الدين إلى من أذن له فى دفعه إليه فتبرأ ذمته منه، ويصير كما لو دفع إليه عرضًا وقال: بعه وضارب بثمنه، وجعل أصحاب الشافعى مكان هذا الاحتمال أن الشراء لرب المال، وللمضارب أجر مثله، لأنه علقه بشرط،

مقتضاها الوكالة ولا تصح الوكالة فى هذه الأشياء، لأن من أخذها ملكها، وقال الشافعى: شركة الأبدان كلها فاسدة، لأنها شركة على غير مال فلم تصح كما لو اختلفت الصناعات.

ولنا: ما روى أبو داود والأثرم بإسنادهما عن عبد الله قال: اشتركنا أنا وسعد وعمار يوم بدر فلم أجئ أنا وعمار بشىء وجاء سعد بأسيرين (4) ومثل هذا لا يخفى عن رسول الله ﷺ وقد أقرهم، وقد قال أحمد: أشرك بينهم النبى ﷺ، **فإن قيل**: فالمغانم مشتركة بين الغانمين بحكم الله تعالى فكيف يصح اختصاص هؤلاء بالشركة فيها؟ وقال بعض الشافعية: غنائم بدر كانت لرسول الله ﷺ فكان له أن يدفعها إلى من يشاء، فيحتمل أن يكون فعل ذلك لهذا، **قلنا**: أما الأول فالجواب عنه أن غنائم بدر كانت لمن أخذها قبل أن يشرك الله تعالى بينهم، ولهذا نقل أن النبى ﷺ قال: «من أخذ شيئًا فهو له» (5) فكان ذلك من قبيل المباحات من سبق إلى شىء فهو له، ويجوز أن يكون شرك بينهم فيما يصيبون من الأسلاب والنفل إلاَّ أن الأول أصح لقوله: جاء سعد بأسيرين ولم أجئ أنا وعمار بشىء.

(٣٢) ينظر فى الإجماع لابن المنذر (ص ١١١).

(4) أخرجه أبو داود (٣/ ح ٣٣٨٨) والنسائى (٧/ ٤٧١١) وابن ماجه (١/ ح ٢٢٨٨) وإسناده ضعيف فيه أبو إسحاق السبيعى اختلط بآخره، قال ابن معين: سمع من أبيه عيينة بعدما تغير، وأما أبو عبيدة بن عبد الله قال الحافظ فى التقريب: الراجح أنه لم يسمع من أبيه.

(5) أخرجه البيهقى (٦/ ٣١٥) وقال: الذى روى فى هذا ما ذكرته، وقد روى عن ابن عباس ما يخالفه فى لفظه، وقال الألبانى فى الإرواء: لم أعرفه الآن.

ولا يصح عندهم تعليق الـقراض بشـرط، والمذهب هو الأول، لأن المـال الذى فى يدى من عليه الدين له، وإنما يصير لغريمه بقـبضه ولم يوجد القبض ها هنا، وإن قال له: اعزل المال الذى لى عليك، وقد قارضتك عليه ففعل واشترى بعين ذلك المال شيئًا للمضاربة وقع الشراء للمشترى، لأنه يشتـرى لغيره بمال نفسه فحصل الشراء له فـإن اشترى فى ذمته فكذلك، لأنه عقد القراض على ما لا يملكه وعلقه على شرط لا يملك به المال.

فـصل: وإن قال لرجل: اقبض المال الذى على فلان واعمل به مـضاربة فقبضه وعمل به جاز فى قولهم جميعًا، ويكون وكيلاً فى قبضه مؤتمنًا عليه، لأنه قبضه بإذن مالكه من غيره، فجاز أن يجعله مضاربة، كما لو قـال: اقبض المال من غلامى وضارب به، قال مهنا: سألت أحمد عن رجل قـال: اقرضنى ألفًا شهـرًا ثم هو بعد الشهر مضـاربة، قال: لا يصح، وذلك لأنه إذا أقرضه صار دينًا عليه، وقد ذكرنا أنه لا يجوز أن يضارب بالدين الذى عليه، ولو قال: ضارب به شهرًا ثم خذه قرضًا، جاز، لما ذكرنا فيما تقدم.

فــصل: ومن شرط المضـاربة: أن يكون رأس المال معلوم المقـدار، ولا يجوز أن يكون مجهولاً ولا جـزافًا، ولو شاهداه، وبهذا قال الشافـعى، وقال أبو ثور وأصحاب الرأى: يصح إذا شاهداه، والقول قول العامل مع يمينه فى قدره لأنه أمـين رب المال، والقول قوله فيما فى يديه فقام ذلك مقام المعرفة به.

وأما الثانى فإن الله تعالى إنما جعل الغنيمة لنبيه ﷺ بعد أن غنموا واختلفوا فى الغنائم فأنزل الله تعالى: ﴿**يَسْأَلُونَكَ عَنِ الأَنفَالِ قُلِ الأَنفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ**﴾ (الأنفال: ١) والشركة كانت قبـل ذلك، ويدل على صحـة هذا أنها لو كـانت لرسول الله ﷺ فـإما أن يكون أباهـم قد أخذها فـصارت كالمباحـات، أو لم يبحهـا لهم فكيف يشتركون فى شىء لغـيرهم؟ وفى هذا الخبر حجة على أبى حنيفة أيضًا، لأنهم اشتركوا فى مباح وفيما ليس بضاعة وهو يمنع ذلك، ولأن العمل أحد جهـتى المضاربة فصحت الشركـة عليه كالمال، وعن أبى حنيفـة أيضًا أنهما اشتركا فى مكسب مـباح فصح كما لو اشتركا فى الخيـاطة والقصارة، ولا نسلم أن الوكالة لا تصح فى المباحات، فـإنه يصح أن يستنيب فى تحصيلها بأجرة فـكذلك يصح بغير عوض إذا تبرع آخذها بذلك كـالتوكيل فى بيع ماله ومـبناهما على الوكالة، لأن كل واحد منهـما وكيل صاحبه، وما يتقبله كل واحد منهما من الأعمال فهو من ضمانهما يطالب به كل واحد منهما.

66- مـسألة: (وتصح مع اتفاق الصنائع رواية واحدة، فأما مع اختلافهما ففيه وجهان).

أحدهـما: لا تصح، اختاره أبو الخطاب وهو قول مالك، لأن مقـتضاها أن ما يتقبله كل واحد منهـما من العمل يلزمـهما ويطـالب به كل واحد منهمـا، فإذا تقبل أحـدهما شيـئًا مع اختلاف صنائعهما لم يمكن الآخر أن يقوم به فكيف يلزمه عمله؟ أم كيف يطالب بما لا قدرة

ولنا: أنه مجهول فلم تصح المضـاربة به، كما لو لم يشاهداه، وذلك لأنه لا يدرى بكم يرجع عند المفاصلة؟ ولأنه يفضى إلى المنازعة والاختـلاف فى مقداره فلم يصح كما لو كان فى الكيس، وما ذكروه يبطل بالسلم وبما إذا لم يشاهداه.

فـصل: ولو أحضر كيسين فى كل واحد منهمـا مال معلوم المقدار وقال: قارضتك على أحدهما لم يصح، سواء تساوى ما فيهما أو اخـتلف، لأنه عقد تمنع صحته الجهالة فلم يجز على غير معين كالبيع.

٨٣٩- مسألة: قال: **(وإن كان فى يده وديعة جاز له أن يقول: ضارب بها)**.

وبهذا قال الشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى، وقال الـحسن: لا يجوز حتى يقبضها منه، قياسًا على الدين.

ولنا: أن الوديعـة ملك رب المال فـجاز أن يـضاربه عليـها، كـما لو كـانت حاضـرة، فقال: قارضتك على هذا الألف، وأشار إليه فى زاوية البيت، وفارق الدين: فإنه لا يصير عين المال ملكًا للغريم إلا بقبضه، ولو كانت الوديعـة قد تلفت بتفريطه وصارت فى الذمة لم يجز أن يضاربه عليها، لأنها صارت دينًا.

فـصل: ولو كان فى يد غيره مال مغـصوب فضارب الغاصب به صح أيضًا، لأنه مـال لرب المال يباح له بيعه من غاصبه ومن يقـدر على أخذه منه، فأشبه الوديعة، وإن تلف وصار فى الذمة لم تجـز المضـاربة به، لأنه صار دينًا ومتى ضـاربه بالمال المـغصوب زال ضـمان الغصب بمجرد عقد المضاربة وبهذا قال أبو حنيفة، وقال القاضى: لا يزول ضمان الغصب إلا بدفعه ثمنًا، وهو مذهب الشافعى لأن القراض لا ينافى الضمان بدليل ما لو تعدى فيه.

ولنا: أنه ممسك للمال بإذن مالكه لا يختص بنفعه ولم يتعد فيه، فأشبه ما لو قبضه إياه.

له عليه؟ **والثانى**: تصح، اختاره القاضى لأنهما اشتركا فى مكسب مباح فصح كما لو اتفقت الصنائع، ولأن الصنائع المـتفقة قـد يكون أحد الرجلين أحـذق فيها من الآخـر فربما يتـقبل أحدهمـا ما لا يمكن الآخـر عمله ولم يمنع ذلـك صحتـها، فكذلك إذا اخـتلفت الصنائع، وقولهم يلـزم كل واحد منهمـا ما يتقـبله صاحـبه، قال القـاضى: يحتمـل أن لا يلزمه ذلك كالوكـيلين بدليل صحتـها فى المباح ولا ضـمان فيـها، وإن قلنا: يلزمه أمكنه تحـصيل ذلك بالأجرة أو بمن يتـبرع له بعـمله، ويدل على صحة هذا أنه لو قـال أحدهمـا: أنا أتقبل وأنت تعمل، صحت الشركة وعمل كل واحد منهما غـير عمل صاحبه، وقال زفر: لا تصح الشركة إذا قال أحدهما: أنا أتقبل وأنت تعمل ولا يستحق العامل المسمى وإنما له أجر المثل.

ولنا: أن الضمان يستحق به الربح بدليل شـركة الأبدان وتقبل العمل يوجب الضمان على المتقـبل ويستحق به الربح فصـار كتقبله المال فـى المضاربة والعمل يستـحق به العامل الربح كعمل المضارب فينزل منزلة المضاربة.

فــصل: والعامل أمين فى مال المضاربة لأنه متصرف فى مال غيره بإذنه لا يختص بنفعه، فكان أمينًا كالوكيل وفارق المستعير، فإنه قبضه لمنفعته خاصة وها هنا المنفعة بينهما، فعلى هذا القول قوله فى قدر رأس المال، قال ابن المنذر (٣٣): أجمع كل من نحفظ عنهم من أهل العلم أن القول قول العامل فى قدر رأس المال، كذا قال الثورى وإسحاق وأصحاب الرأى، وبه نقول: ولأنه يدعى عليه قبض شىء وهو ينكره، والقول قول المنكر، وكذلك القول قوله فيما يدعيه من تلف المال أو خسارة فيه، وما يدعى عليه من خيانة وتفريط، وفيما يدعى أنه اشتراه لنفسه أو للمضاربة لأن الاختلاف ههنا فى نيته، وهو أعلم بما نواه لا يطلع على ذلك أحد سواه، فكان القول قوله فيما نواه، كما لو اختلف الزوجان فى نية الزوج بكناية الطلاق، ولأنه أمين فى الشراء، فكان القول قوله كالوكيل، ولو اشترى عبدًا فقال رب المال: كنت نهيتك عن شرائه فأنكر العامل فالقول قوله، لأن الأصل عدم النهى، وهذا كله لا نعلم فيه خلافًا.

فــصل: والربح فى شركة الأبدان على ما اتفقوا عليه من مساواة أو تفاضل؛ لأن العمل يستحق به الربح وقد يتفاضلان فى العمل فجاز تفاضلهما فى الربح الحاصل به، ولكل واحد منهما المطالبة بالأجرة، وللمستأجر دفعها إلى كل واحد منهما وأيهما دفعها إليه برئ منها، وإن تلفت فى يد أحدهما من غير تفريط فهى من ضمانهما لأنهما كالوكيلين فى المطالبة، وما يتقبله كل واحد منهما من الأعمال فهو من ضمانهما يطالب به كل واحد منهما ويلزمه عمله، لأن هذه الشركة لا تنعقد إلا على الضمان ولا شىء فيها تنعقد عليه الشركة حال الضمان، فكأن الشركة تضمنت ضمان كل واحد منهما عن الآخر ما يلزمه، وقال القاضى: يحتمل أن لا يلزم أحدهما ما لزم الآخر كما ذكرنا من قبل، وما يتلف بتعدى أحدهما أو تفريطه أو تحت يده على وجه يوجب الضمان عليه فهو عليه وحده، وإن أقر أحدهما بما فى يده قبل عليه وعلى شريكه، لأن اليد له فيقبل إقراره بما فيها ولا يقبل إقراره بما فى يد شريكه ولا بدين عليه، لأنه لا يد له على ذلك.

67- مسألة: (وإن مرض أحدهما فالكسب بينهما، فإن طالبه الصحيح أن يقيم مقامه لزمه ذلك)

وجملة ذلك أنه إذا عمل أحدهما دون الآخر فالكسب بينهما، قال ابن عقيل: نص عليه أحمد فى رواية إسحاق بن هانئ وقد سئل عن الرجلين يشتركان فى عمل الأبدان فيأتى أحدهما بشىء ولا يأتى الآخر بشىء؟ فقال: نعم، هذا بمنزلة حديث سعد وعمار وابن مسعود يعنى حيث اشتركوا فجاء سعد بأسيرين وأخفق الآخران، ولأن العمل مضمون عليهما معًا وبضمانهما له وجبت الأجرة فتكون لهما كما كان الضمان عليهما ويكون العامل عونًا لصاحبه

---

(٣٣) نظر الإجماع لابن المنذر (ص ١١٢).

فـصل: وإن قال: أذنت لى فى البيع نسيئة وفى الشراء بعشرة، قال: بل أذنت لك فى البيع نقدًا وفى الشراء بخمسة، **فالقول قول العامل**، نص عليه أحمد، وبه قال أبو حنيفة، ويحتمل أن القول قـول رب المال، وهو قول الشـافعى لأن الأصل عدم الإذن، ولأن القـول قول رب المال فى أصل الإذن فكذلك فى صفته.

ولنا: أنهما اتفـقا على الإذن واختلفا فى صفـته، فكان القول قول العامل، كـما لو قال: نهيتك عن شراء عبد فأنكر النهى.

فـــصل: وإن قال: شـرطت لى نصف الربح، فقـال: بل ثلثه، فعن أحـمد فيـه روايتان: **إحداهـما:** القول قول رب المال، نص عليـه فى رواية ابن المنصور وسندى، وبه قال الثورى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى وابن المبارك وابن المنذر لأن رب المال ينكر السدس الزائد واشتراطه له، والقول قول المنكر، **والثانية:** أن العامل إذا ادعى أجر المثل وزيادة يتغابن الناس بمثلهـا فالقول قـوله، وإن ادعى أكثر فـالقول قوله فـيما وافق أجـر المثل، وقال الشـافعى: يتحالفان لأنهما اختلفا فى عوض عقد فيتحالفان كالمتبايعين.

ولنا: قول النبى ﷺ: «ولكن اليمين على المدعى عليه»[٣٤] ولأن الاختلاف[٣٥] فى المضاربة فلم يتحالفا كسـائر ما قدمنا اختلافهما فيه، والمتبـايعان يرجعان إلى رءوس أموالهما بخلاف ما نحن فيه.

فى حصته ولا يمنع ذلك استحـقاقه كمن استأجر رجلاً ليقصر له ثوبًا فاسـتعان القصار بإنسان فقصر معه كانت الأجرة للقصار المسـتأجر، كذا ههنا وسواء ترك العمل لمرض أو غيره، فإن طالب أحدهما الآخر أن يعمل معه أو يقيم مـقامه من يعمل فله ذلك فإن امتنع فللآخر الفسخ ويحتـمل أنه إذا ترك العمل لغير عـذر أن لا يشارك صاحـبه فى أجرة ما عـمله دونه لأنه إنما شاركه ليـعملا جميعًـا فإذا ترك أحدهما العمل فمـا وفى بما شرط على نفسه فلم يسـتحق ما جعل له فى مقابلته، وإنما احتمل ذلك فيما إذا تركه لعذر، لأنه لا يمكن التحرز منه.

68- **مـسـألة: (وإن اشتركا ليـحملا على دابتيهمـا والأجرة بينهما صح)** لأنه نـوع من الاكتساب والدابتان آلتان فأشبها الأداة.

69- **مـــسـألة: (فإذا تقـبلا حمل شىء فحـملاه عليهـما أو على غير الدابتـين صحت الشـركة)** والأجرة بينهما على ما شرطاه، لأن تقبلهما الحـمل أثبت الضمان فى ذمتهما ولهما أن يحملا بأى ظهر كان، والشركة تنعقد على الضمان كشركة الوجوه فأشبه ما لو تقبلا قصارة فقصراها بغير أداتهما.

---

(٣٤) أخرجه البـخارى (٥/ ح ٢٥١٤) فتح، ومسلم (٣/ أقضيـة/ ١٣٣٦/ ح ١٧١١) بلفظ: اليمين على المدعى عليه، والترمذى (٣/ ١٣٤٢) وابن ماجه (٢/ ٢٣٢١) والدارقطنى (٤/ ١٥٧) والبيهقى (٨/ ٢٧٩) (١٠/ ٢٥٢) بلفظ المصنف، قال الألبانى فى الإرواء (٢٦٨٥): صحيح.

(٣٥) فى النسخة المطبوعة: ولأنه اختلاف.

فصل: وإن ادعى العامل رد المال فأنكر رب المال، فالقول قول رب المال مع يمينه، نص عليه أحمد، ولأصحاب الشافعى وجهان: **أحدهما**، كقولنا، **والآخر**: يقبل قوله، لأنه أمين، ولأن معظم النفع لرب المال فالعامل كالمودع.

ولنا: أنه قبض المال لنفع نفسه، فلم يقبل قوله فى الرد كالمستعير، ولأن رب المال منكر، والقول قول المنكر، وفارق المودع، فإنه لا نفع له فى الوديعة، وقولهم: إن معظم النفع لرب المال، يمنعه، وإن سلم إلا أن المضارب لم يقبضه إلا لنفع نفسه، ولم يأخذه لنفع رب المال.

فصل: وإن قال: ربحت ألفًا، ثم قال: خسرت ذلك، قُبل قوله، لأنه أمين يقبل قوله فى التلف فقبل قوله فى الخسارة كالوكيل، وإن قال: غلطت أو نسيت لم يقبل قوله، لأنه مقر بحق لآدمى، فلم يقبل قوله فى الرجوع، كما لو أقر بأن رأس المال ألف ثم رجع، ولو أن العامل خسر فقال لرجل: أقرضنى ما أتمم به رأس المال لأعرضه على ربه، فإننى أخشى أن ينزعه منى إن علم بالخسارة، فأقرضه فعرضه على رب المال وقال: هذا رأس مالك فأخذه فله ذلك، ولا يقبل رجوع العامل عن إقراره إن رجع، ولا تقبل شهادة المقرض له، لأنه يجر إلى نفسه نفعًا، وليس له مطالبة رب المال، لأن العامل ملكه بالقرض ثم سلمه إلى رب المال، ولكن يرجع المقرض على العامل لا غير.

فصل: وإذا دفع رجل إلى رجلين مالاً قراضًا على النصف فنض المال وهو ثلاثة آلاف،

70- مسألة: (وإن أجراهما بأعيانهما فلكل واحد منهما أجرة دابته).

أما إذا أجرا الدابتين بأعيانهما على حمل شىء بأجرة معلومة واشتركا على ذلك لم تصح الشركة ولكل واحد منهما أجرة دابته، لأنه لم يجب ضمان الحمل فى ذمتهما، وإنما استحق المكترى منفعة البهيمة التى استأجرها، ولهذا تنفسخ الإجارة بموت الدابة المستأجرة، ولأن الشركة إما أن تنعقد على الضمان فى ذمتهما أو على عملهما وليس هذا بواحد منهما، فإنه لم يثبت فى ذمتهما ضمان ولا عملا بأبدانهما ما تجب الأجرة فى مقابلته، ولأن الشركة تتضمن الوكالة، والوكالة على هذا الوجه لا تصح، ولهذا قال: أجر عبدك وتكون أجرته بينى وبينك لم يصح، كما لو قال بع عبدك وثمنه بيننا لم يصح، قال شيخنا: ويحتمل أن تصح الشركة كما لو اشتركا فيما يكتسبان بأبدانهما من المباح، فإن أعان أحدهما صاحبه فى التحميل والنقل كان له أجر مثله، لأنها منافع وفاها بشبهة عقد.

فصل: فإن كان لأحدهما أداة قصارة ولآخر بيت فاشتركا على أن يعملا بأداة هذا فى بيت هذا والكسب بينهما جاز والأجرة على ما شرطاه، لأن الشركة وقعت على عملهما والعمل يستحق به الربح فى الشركة والآلة والبيت لا يستحق بهما شىء، لأنهما يستعملان فى العمل المشترك فصارا كالدابتين اللتين أجرهما لحمل الشىء الذى تقبلا حمله، وإن فسدت

وقال رب المال: رأس المال ألفـان فصدقه أحدهما، وقال الآخـر: بل هو ألف، فالقول قول المنكر مع يمينه، فإذا حلف أن رأس المـال ألف والربح ألفان فنصيبه منهما خمـسمائة، يبقى ألفا وخمسمائة يأخذ رب المال ألفين، لأن الآخـر يصدقه ويبقى خمسمائة ربحًا بين رب المال والعامل الآخر يقـتسمانها أثـلاثًا لرب المال ثلثاها وللعامل ثلثـها مائة وستة وسـتون وثلثان، ولرب المال ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث، لأن نصيب رب المـال من الربح نصفه، ونصيب هذا العامل ربعه، فيـقسم بينهما باقى الربح على ثلاثة، وما أخذه الحالف فـيما زاد على قدر نصيبه كالتالف منهما، والتالف يحسب فى المضاربة من الربح، وهذا قول الشافعى.

فـصل: وإن دفع إلى رجل ألفًا يتجر فيه فربح، فـقال العامل: كان قرضًا لى ربحه كله، وقال رب المال: كـان قراضًا فربحه بيننا، فـالقول قول رب المال لأنه ملكه فـالقول قوله فى صفة خروجه عن يده فإذا حلف قسمنا الربح بينهما، ويحتمل أن يتحالفا، ويكون للعامل أكثر الأمرين مما شرطه له من الربح أو أجر مثله، لأنه إن كـان الأكثر نصيبه من الربح فرب المال معترف له به وهو يدعى الربح كله، وإن كان أجر مثله أكثر، فالقول قوله فى عمله مع يمينه، كما أن القول قـول رب المال فى ربح ماله، فإذا حلف قبل قوله فى أنه مـا عمل بهذا الشرط وإنما عمل لغرض لم يسلم له، فيكون له أجر المـثل، وإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه، فنص أحمد فى رواية مهنا: أنهما يتعارضـان ويقسم الربح بينهما نصفين، وإن قال رب المال: كان بضاعة، وقـال العامل: بل كان قراضًا، احتمل أن يكون القـول قول العامل لأنه عمله له

الشركة قسم الحاصل لهما على قدر أجـر عملهما وأجر الدار والأداة، وإن كانت لأحدهما آلة وليس للآخر شـىء أو لأحدهما بيت وليس للآخـر شىء فاتفـقا على أن يعـملا بالآلة أو فى البيت والأجرة بينهما جاز لما ذكرنا.

فـصل: وإن دفع رجل دابته إلى آخر ليعملا عليهـا وما رزق الله بينهما نصفين أو أثلاثًا أو مـا شـرطاه صح، نص عليه أحمد فى رواية الأثرم ومحمـد بن أبى حرب وأحمد بن سعيد، ونقل عن الأوزاعى ما يدل على هذا، وكـره ذلك الحسن والنخعى، وقال الشـافعى وأبو ثور وابن المنذر وأصحـاب الرأى: لا يصح والربح كله لرب الدابة، لأن الحمل الذى يسـتحق به العوض منهـا وللعامل أجر مثله، لأن هذا ليس من أقـسام الشركة إلاَّ أن تكون الـمضاربة ولا تصح المضاربة بالعروض، ولأن المضاربة تكون بالتجـارة فى الأعيان وهذه لا يجوز بيعها ولا إخراجها عن ملك مالكها، وقال القاضى: يتخرج أن لا يصح بناء على أن المضاربة بالعروض لا تصح، فعلى هذا إن كـان أجر الدابة بعينها فالأجـرة لمالكها وإن تقبل حـمل شىء فحمله عليها أو حمل عليها شيئًا مباحًا فباعه فالأجرة والثمن له وعليه أجر مثلها لمالكها.

ولنا: أنها عين تنمى بالعمل عليها فصح العقـد ببعض نمائها كالدراهم والدنانير وكالشجر فى المساقاة والأرض فى المزارعة، **قولهم:** ليس من أقسام الشركة ولا هو مضاربة، **قلنا:** نعم

فيكون القول قوله فيه، ويحتمل أن يتحالفا ويكون للعامل أقل الأمرين من نصيبه من الربح أو أجر مثله، لأنــه لا يدعى أكثر من نصيبــه من الربح، فلا يستحق زيادة عــليه، وإن كان الأقل أجر مثله فلم يثبت كونه قراضًا، فيكون له أجر عمله، وإنْ قال رب المال: كان بضاعة، وقال العامل: كان قرضًا، حلف كل واحد منهما على إنكار ما ادعاه خصمه، وكان له أجر عمله لا غيـر، وإن خسر المــال أو تلف فقال رب المــال: كان قرضًا، وقــال العامل: كان قــراضًا أو بضاعة، فالقول قول رب المال.

فــصل: وإذا اشترط المـضارب النفقة ثم ادعى أنه إنما أنفـق من ماله وأراد الرجوع فله ذلـك، سواء كان المال باقيًا فى يديه أو قد رجع إلى مالكه، وبه قال أبو حنيفة إذا كان المال باقيًا فى يديه وليس له ذلك إذا كان بعد رده.

ولنا: أنه أمين، فكان القول قوله فى ذلك، كما لو كان باقيًا فى يده، وكالوصى إذا ادعى النفقة على اليتيم.

فــصل: إذا كان عبد بين رجلين فباعه أحدهما بأمر الآخر بألف، وقال: لم أقبض ثمنه، وادعى المشترى أنه قبضه وصدقــه الذى لم يبع برئ المشترى من نصف ثمنه لاعتراف شريك البائع بقبض وكيله حقه فبرئ المشترى منه، كما لو أقر أنه قبضه بنفسه، وتبقى الخصومة بين البائع وشريكه والمشترى، فإن خاصمه شريكه وادعى عليه أنك قبضته نصيبى من الثمن فأنكر فالقول قــوله مع يمينه إن لم يكن للمدعى بيـنة، وإن كانت له بينة قضى بها عليــه، ولا تقبل

لكنه يشبه المساقــاة والمزارعة فإنه دفع لعين المال إلى من يعمل عليهــا ببعض نمائها مع بقاء عينهــا وبهذا يتبـين أن تخريجهــا على المضــاربة بالعروض فاســد، فإن المضــاربة إنما تكون بالتجــارة والتصــرف فى رقبة المــال، وهذا بخلافه، وذكــر القاضى فى مــوضع آخر: أن من استـأجر دابة بنصف ما يرزق الله تعالى أو ثـلثه جاز، قال شـيخنا: ولا أرى لهذا وجهًــا فإن الإجارة يشترط لصحتها العلم بالعوض وتـقدير المدة أو العمل ولم يوجد، ولأن هذا عقد غير منصوص عليه ولا هــو فى معنى المنصوص فهو كـسائر العقود الفـاسدة إلا أن يريد بالإجارة المعاملة على الوجه الذى تقدم، وقد أشار أحمد إلى ما يدل على تشبيهه لمثل هذا بالمزارعة، فقــال: لا بأس بالثوب يدفع بالثـلث والربع لحديث جابــر أن النبى ﷺ أعطى خيــبر على الشطر(6) وهذا يدل على أنه صار فى هذا ومثله إلى الجواز لشبهه بالمساقاة والمزارعة لا إلى المضاربة والإجارة.

فــصل: نقل أبو داود عن أحمد فيمن يعطى فرسه على النصف من الغنيمة: أرجو أن لا يكون به بأس، قال إســحاق بن إبراهيم: قال أبو عــبد الله: إذا كانَ على النصف والربع فــهو جائز، وبه قال الأوزاعى، ونقل أحمد بن سعيد عن أحــمد فيمن دفع عبده إلى رجل ليكتسب

---

(6) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٤٠٨) وإسناده صحيح.

شهادة المشترى له، لأنه يجر بها إلى نفسه نفعًا، وإن خاصم البائع المشترى فادعى المشترى أنه دفع إليـه الثمن وأنكر البـائع، فـالقول قـوله مع يمينـه، لأنه منكر، فإذا حلف أخـذ من المشـترى نصف الثمن، ولايشـاركه فيـه شريكه، لأنه مـعترف أنه يأخـذه ظلمًا فلا يسـتحق مشاركته فيه، وإن كانت للمشتـرى بينة حكم بها، ولا تقبل شهادة شريكه عليه، لأنه يجر بها إلى نفسه نفعًا، ومن شـهد بشهادة تجر إلى نفسه نفعًـا بطلت شهادته فى الكل، ولا فرق بين مخاصمة الشريك قبل مخاصمة المشترى أو بعدها، وإن ادعى المشترى أن شريك البائع قبض الثمن منه فصدقه البائع، نظرت فإن كان البـائع أذن لشريكه فى القبض فهى كالتى قبلها، وإن لم يأذن له فى القـبض لم تبرأ ذمـة المشـترى من شـىء من الثمن، لأن البـائع لم يوكله فى القبض فقـبضه له، لا يلزمه ولا يبرأ المشـترى منه، كما لو دفعـه إلى أجنبى، ولا يقبل قول المشترى على شريك البائع، لأنه ينكره وللبائع المطالبة بقدر نصيبه لا غير لأنه مقر أن شريكه قبض حقه ويلزم المشترى دفع نصيبه إليه، ولا يحـتاج إلى أمين لأن المشترى مقر ببقاء حقه، وإن دفعه إلى شريكه لم تبرأ ذمـته، فإذا قبض حقه فلشريكه مشاركتـه فيما قبض، لأن الدين لهما ثابـت بسبب واحد، فما قـبض منه يكون بينهما كـما لو كان ميراثًـا، وله أن لا يشاركه ويطالب المشترى بحقه كله، ويحتمل أن لا يملك الشريـك مشاركته فيما قبض لأن كل واحد منهما يستحق ثمن نصيبه الذى ينفرد به فلم يكن لشريكه مشاركته فيما قبض من ثمنه، كما لو باع كل واحد منهـما نصيبه فى صـفقة، ويخـالف الميراث، لأن سـبب استحـقاق الورثة لا

عليه ويكون له ثلث ذلك أو ربعه فجائز، والوجه فيه ما ذكرناه فى مسألة الدابة، وإن دفع ثوبه إلى خيـاط ليفصله ويبـيعهـا وله نصف ربحها بحـق عمله جاز، نص عليـه فى رواية حرب، وكذلك إن دفع غزلاً إلى رجل ينسـجه بثلث ثمنه أو ربعه جاز، نص عليـه، وقال مالك وأبو حنيفة والشـافعى: لا يجوز شىء من ذلك، لأنه عوض مجـهول وعمل مجهـول، وقد ذكرنا وجه جوازه فإن جعل له مع ذلك دراهم لم يجـز، نص عليه، وعنه يجوز، والصحيح الأول، قال أبو بكر: هذا قول قديم وما رورى غـير هذا فعليه المعتمد، قـال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يقـول: لا بأس بالثـوب يدفع بالثلث والربع، وسـئل عن الرجل يعـطى بالثلث ودرهم أو درهمـين قـال: أكرهه، لأن هذا شىء لا يـعرف، والثلث إذا لـم يكن معـه شىء نراه جـائزًا لحديث جابر أن النبى ﷺ أعطى خيبر على الشطر، قيل لأبى عبد الله: فإن كان النساج لا يرضى حتى يزاد على الثلث درهمًا؟ قال: فليجعل له ثلثًا وعشرًا ثلثًا ونصف عشر وما أشبهه، وروى الأثرم عن ابن سـيرين والنخـعى والزهرى وأيوب ويعلى بن حكيم أنهم أجـازوا ذلك، وقـال ابن المنذر: كـره هذا كله الحسن، وقـال أبو ثور وأصـحاب الـرأى: هذا كله فاسـد، واختاره ابن المـنذر وابن عقيل وقالوا: لو دفع شـبكته إلى الصياد ليـصيد بها السمك بـينهما نصفـان فالصيد كله للصـائد ولصاحب الشبكة أجـر مثلها، وقيـاس ما نقل عن أحمد صـحة

يتبـعض، فلم يكن للورثة تبـعيضـه، وههنا يتـبعض، لأنه إذا كـان البائع اثنين كـان بمنزلة عقدين، ولأن الوارث نائب عن الموروث، فكان ما يقبضه للموروث يشترك فيه جميع الورثة، بخلاف مسألتنا، فإن ما يقـبضه لنفسه، فإن قلنا : له مشاركته فيمـا قبض فعليه اليمين أنه لم يستوف حقه من المشترى ويأخذ من القابض نصف ما قـبضه، ويطالب المشترى ببقية حقه إذا حلف له أيضًا أنه ما قبض منه شـيئًا، وليس للمقبوض منه أن يرجع على المشـترى بعوض ما أخذ منه لأنه مقر أن المشترى قد برئت ذمته من حق شريكه وإنما أخذ منه ظلمًا فلا يرجع بما ظلمه هذا علـى غيره، وإن خـاصم المشتـرى شريك البائع فـادعى عليه أنه قبـض الثمن منه فكانت له بينة حكم بها، وتقبل شهادة البائع له إذا كـان عدلاً، لأنه لا يجر إلى نفسه نفعًا ولا يدفع عنهـا ضررًا، لأنه إذا ثبت أن شـريكه قبض الثـمن لم يملك مطالبتـه بشيء، لأنه ليس بوكيل له في القبض، فـلا يقع قبضه له، هكذا ذكره بعض أصحابنا، وعـندى لا تقبل شهادته له، لأنه يدفع عن نفسه ضرر مـشاركة شريكه له فيما يقبضــه من المشترى، وإذا لم تكن بينة فحلف أخذ من المشترى نصف الثمن وإن نكل أخذ المشترى منه نصفه.

فـــصل: وإذا كان العبد بين اثنـين فغصب رجل نصيب أحدهما بأن يسـتولى على العبد ويمنع أحدهما الانتفاع دون الآخر، ثم إن مالك نصفه والغاصب باعا العبد صفقة واحدة صح في نصيب المالك، وبطل في نصيب الغـاصب، وإن وكل الشريك الغاصب أو وكل الغاصب الشريك في البيع فـباع العبد كله صفـقة واحدة بطل في نصيب الغـاصب في الصحيح، وهل يصح في نصيب الشريك؟على روايتـين، بناء على تفريق الصفقة، لأن الصفـقة ها هنا وقعت

الشركة ومـا رزق الله بينهما على ما شـرطاه لأنها عين تنمى بالعمل فـيها فصح دفعـها ببعض نمائها كالأرض.

فـصل:وقد ذكر ابن عقيل أن رسـول الله ﷺ نهى عن قفيز الطحان، وهو أن يعطى الطحان أقفـزة معلومة يطحنها بقفيـز دقيق منها، وعلة المنع أنه جعل له بعض معـمولة أجرًا لعمله فيصـير الطحن مستحقًـا له وعليه، وهذا الحديث لا نعرفه ولم تثبت صـحته ولا ذكره أصحاب السنن، وقياس قول أحمد جوازه لما ذكرنا عنه من المسائل.

فـصل: فإن كان لرجل دابة ولآخر إكاف وجوالقات فاشتركا على أن يؤاجراهما والأجرة بينهما نصفـان فهو فاسد لأن هذه أعيان لا يصح الاشتراك فيهـا كذلك في منافعها إذ تقديره أجر دابتك لـتكون أجرتها بيـننا وأؤجر جوالقـاتى لتكون أجرتهـا بيننا وتكون كلهـا لصاحب البهيمة، لأنه مـالك الأصل وللآخر أجر مثله على صاحب البهيـمة، لأنه استوفى منافع ملكه بعقد فاسد، هذا إذا أجـر الدابة بما عليها من الإكاف والجوالقات في عقـد واحد فأما إن أجر فلكل واحد منهما ملكه مفردًا فلكل واحد أجر ملكه وهكذا لو قال رجل لصاحبه: أجر عبدى والأجر بيننا، كان الأجر لصاحبه وللاخر أجر مثله وكذلك في جميع الأعيان.

واحدة، وقد بطل البيع فى بعضها فبطل فى سائرها بخلاف ما إذا باع المالك والغاصب فإنهما عقدان، لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان ولو أن الغـاصب ذكر للمشترى أنه وكل فى نصفه لصح فى نصيب الآذن لكونه كالعقد المنفرد.

فـصل: وإذا كان لرجلين دين لسبب واحد إما عقد أو ميراث أو استهلاك أو غيره، فقبض أحدهما منه شيئًا فللآخر مشاركته فيه، هذا ظاهر المذهب، وقد روى عن أحمد ما يدل على أن لأحدهما أن يأخذ حقـه دون صاحبه، ولا يشاركه الآخر فيمـا أخذه، وهو قول أبى العالية وأبى قلابة وابن سيرين وأبى عبيد، قيل لأحـمد: بعت أنا وصاحبى متاعًا بينى وبينه فأعطانى حقى وقال هذا حقك خاصة وأنا أعطى شريـكك بعد؟ قال: لا يجوز، قيل لهم: فإن أخره أو أبرأه من حقه دون صاحبه قال: يجوز، قيل: فقد قال أبو عبيد: له أن يأخذ دون صاحبه لا إذا كان له أن يؤخر ويبرئه دون صاحبه؟ ففكر فيـها ثم قال: هذا يشبه الميراث إذا أخذ منه بعض الورثة دون بعض، وقد قال ابن سيرين وأبو قلابة وأبو العالية: من أخـذ شيئًا فهو من نصيبه، قال: فرأيته قد احتج له وأجازه، قال أبو بكر: العمل عندى على ما رواه حرب وحنبل، أنه لا يجوز، وهو الصـحيح، وقد صرح به أحـمد فى أول هذه الرواية، ولم يصرح بالرجـوع عما قاله، وذلك لأنه لا يجوز أن يكون نصيب القابض ما أخذه، لما فى ذلك من قسمة الدين فى الذمة من غير رضى الشريك، فيكون المأخوذ والباقى جمـيعًا مشتركًا، ولغير القابض الرجوع على القابض بنصفه سواء كان باقيًا فى يده أو أخرجه عنها برهن أو قضاء دين أو غيره، وله أن يرجع على الغـريم، لأن الحق يثبت فـى ذمته لـهما عـلى وجه سـواء، فليس له تسليم حق أحدهما إلى الآخر، فإن أخذ من الغـريم لم يرجع على الشريك بشىء لأن حقه يثبت فى أحد

فـصل: فإن اشترك ثلاثة من أحدهم دابة ومن آخـر راوية ومن آخر العمل على أن ما رزق الله تعـالى فهـو بينهم صح، فى قياس قول أحمد، فـإنه نص فى الدابة يدفعها إلى آخر يعمل عليها علـى أن لهما الأجرة على الصحـة، وهذا لأنه دفع دابته إلى آخر يعمل عـليها والراوية عين تنمى بالعمل عليها فهى كالبهيمة، فعلى هذا يكون ما رزق الله بينهم على ما اتفقوا عليه، وهذا قول الشافعى، ولأنهما وكلا العامل فى كسب مـباح بآلة دفعاها إليه فأشبه ما لو دفع إليه أرضه ليزرعـها، وهكذا لو اشترك أربعة من أحدهم دكـان ومن آخر رحى ومن آخر بغل ومن آخر العـمل على أن يطحنوا بذلك فمـا رزق الله تعالى فـهو بينهم صح، وكان بيـنهم على ما شرطوه، وقال القاضى: العقد فاسد فى المسألتين جميعًا، وهو ظاهر قول الشافعى، لأن هذا لا يجوز أن يكون مشـاركة ولا مضاربة لكونه لا يجوز أن يكون رأس مالهـما العروض، ولأن من شرطهما عـود رأس المال سليمًا بمعنى أنه لا يستحق شـىء من الربح حتى يستوفى رأس المال بكمـاله والراوية هـهنا تخلق وتنقص، ولا إجـارة، لأنها تفتقـر إلى مدة معلومـة وأجر معلوم فتكـون فاسدة، فعلى هذا يكون الأجر كـله فى المسألة الأول للسقـاء، لأنه لما غرف

المحلين فإذا اختار أحدهما سقط حـقه من الآخر وليس للقابض منعه من الرجوع على الغريم بأن يقول: أنا أعطـيك نصف ما قبـضت بل الخيرة إليـه من أيهمـا شاء قبض فـإن قبض من شريكه شيئًـا رجع الشريك على الغريم بمثله، وإن هلك المقبوض فى يد القـابض تعين حقه فيه، ولم يضـمنه للشريك، لأنه قدر حقـه فيما تعدى بالقـبض، وإنما كان لشريكه مشـاركته لثبـوته فى الأصل مشتـركًا، وإن أبرأ أحد الشـريكين من حقه برئ منه لأنـه بمنزلة تلفه، ولا يرجع عليه غريمـه بشىء، وإن أبرأ أحدهما من عشر الدين ثم قبـضا من الدين شيئًا اقـتسماه على قدر حقهما فى الـباقى، للمبرئ أربعة أتساعه ولشريكه خمسـة أتساعه، وإن قبضا نصف الدين ثم أبرأ أحدهما من عشر الدين كله نفذت براءتـه فى خمس الباقى، وما بقى بينهما على ثمانية، للمبرئ ثلاثة أثمانه، وللآخر خمسة أثمانه، فما قبضاه بعد ذلك اقتسماه على هذا وإن اشترى أحدهما بنصيبه من الدين ثوبًا فلـلآخر إبطال الشراء فإن بذل له المشترى نصف الثوب ولا يبطل البيع لم يلزمه ذلك، وإن أجاز البيع ليـملك نصف الثوب انبنى على بيع الفضولى، هل يقف على الإجازة أو لا؟ وإن أخر أحدهما حقه من الدين جاز، فإنه لو أسقط حقه جاز، فتأخـيره أولى، فإن قبض الشريك بعـد ذلك شيئًا لم يكن لشريكه الرجـوع عليه بشىء، ذكره القـاضى، والأولى أن له الرجوع، لأن الدين الحـال لا يتـأجل بالتأجـيل، فوجـود التأجـيل كعدمه، فأما إن قلنا بالرواية الأخرى وأن ما يقبضـه أحدهما له دون صاحبه فوجهها أن ما فى الذمة لا ينتقل إلى العين إلا بتسليمه إلى غريمه أو وكـيله وما قبضه أحدهما فليس لشريكه فيه قبض، ولا لوكيله، فلا يثبت له فيه حق، وكان لقابضه ثبوت يده عليه بحق، فأشبه ما لو كان الدين بسببين وليس هذا قسمة الدين فى الذمة، وإنما تعين حـقه بقبضه فأشبه تعيينه بالإبراء، ولأنه لو كان لغير القـابض حق فى المقبوض لم يسقط بتلفه كسـائر الحقوق ولأن هذا القبض

الماء فى الإناء ملكه، فـإذا باعه فثمنه له، لأنه عـوض ملكه وعليه لصاحبـه أجر المثل، لأنه استعمل ملكهما بعوض لم يسلم لهما فكان لهما أجر المثل كسائر الإجارات الفاسدة، وأما فى المسألة الثانية فإنهم إذا طحنوا لرجل طعامًا بأجرة نظرت فى عقد الإجارة، فإن كان من واحد منهم ولم يذكـر أصحـابه ولا نواهم فالأجـر كله له وعليـه لأصحـابه أجر المـثل، وإن نوى أصحابه أو ذكرهم كان كما لو عقد مع كل واحد منهم منفـردًا أو استأجر من جميعهم، فقال: استأجـرتكم لتطحنوا لى هذا الطعام بكذا فـالأجر بينهم أرباعًا، لأن كل واحد منهم قـد لزمه طحن ربعه، ويرجع كل واحـد منهم على أصحابه بربع أجـر مثله، وإن قال: استـأجرت هذا الدكان والبـغل والرحا وهذا الرجل بـكذا وكذا من الطعـام صح والأجر بينهم على قـدر أجر مثلهم لكل واحد من المسمى بقدر حصته فى أحد الوجهين وفى الآخر يكون بينهم أرباعًا بناء على ما إذا تزوج أربعًا بمهر واحد أو كاتب أربعـة أعبد بعوض واحد هل يكون العوض أرباعًا أو على قدر قيمتهم؟ على وجهين.

لا يخلو إمـا أن يكون بحق أو بغيـر حق فإن كـان بحق لم يشاركـه غيـره كما لو كـان الدين بسببـين، وإن كان بغير حق لم يكن له مطالبتـه، لأن حقه فى الذمة لا فى العين فأشـبه ما لو أخذ غـاصب منه مالاً، فعلى هذا مـا قبضه الـقابض يختص به دون شـريكه، وليس لشريكه الرجوع عليه، وإن اشترى بنصيبه ثوبًا صح ولم يكن لشريكه إبطال الشراء، وإن قبض أكثر من حقه بغير إذن شريكه لم يبرأ الغريم مما زاد على حقه.

فـصل: واختلفت الرواية عن أحمد فـى قسمة الدين فى الذمم، فنقل حنبل منع ذلك، وهو الصحيح لأن الذمم لا تتكافأ ولا تتعادل، والقسمة تقتضى التعديل، وأما القسمة من غير تعديل فهى بيع، ولا يجـوز بيع الدين بالدين، فعلى هذا لو تقاسمـا ثم تَوِىَ بعض المال من رجع من توى ماله على من لم يتْو، وبهذا قال ابن سـيرين والنخعى، ونقل حرب جواز ذلك لأن الاختلاف لا يمنع القسمة كما لو اخـتلفت الأعيان، وبه قال الحسن وإسحاق، فعلى هذا لا يرجع من توى مـاله على من لم يتْو إذا أبرأ كل واحـد منهما صـاحبـه، وهذا إذا كان فى ذمم، فأما فى ذمة واحدة فلا تمكن القسمـة، لأن معنى القسمة إفراز الحق، ولا يتصور ذلك فى ذمة واحدة، والله أعلم.

71- مـسـألة: (وإن جمعا بين شركة العنان والأبدان والوجوه والمضاربة صَح) لأن كل واحد منهما يصح منفردًا فصح مع غيره كحالة الانفراد.

فـصل: الخامس: شركة المفاوضة، وهو أن يدخلا فى الشركة الأكساب النادرة كوجدان لقطة أو ركاز أو ما يحصل لهما من ميـراث وما يلزم أحدهما من ضمان غصب أو أرش جناية أو نحو ذلك فهذه شركة فاسدة، وبهـذا قال الشافعى، وأجازه الثورى والأوزاعى وأبو حنيفة، وحكى عن مالك، وشرط أبو حنيـفة لها شروطًا وهى: أن يكونا حـرين مسلمين، وأن يكون مالهـما فى الشـركة سواء، وأن يخـرجا جمـيعًا مـا يملكانه من جنس الشـركة وهو الدراهم والدنانير، واحـتجوا بما روى عـن النبى ﷺ أنه قال: «إذا تفاوضـتـم فأحسنوا المفـاوضة» ولأنها نوع شركة تختص باسم فكان منها صحيح كشركة العنان.

ولنا: أنه عقد لا يصح بين كـافرين ولا بين كافر ومسلم فلم يصح بين المسـلمين كسائر العقود الفاسدة، ولأنه عقد لم يرد الشرع بمثله فلا يصح كما ذكرنا، ولأن فيه غررًا فلم يصح كبيع الغرر، وبيان غرره أنه يلزم كل واحد مـا لزم الآخر، وقد يلزمه شىء لا يقدر على القيام به، وقد أدخلا فيه الأكساب النادرة، فأما الخبر فلا نعرفه ولا رواه أصحاب السنن، وليس فيه ما يدل على أنه أراد هذا العقد فـيحتمل أنه أراد المفاوضة فى الحـديث، ولهذا روى فيه «ولا تجادلوا، فإن المـجادلة من الشيطان» وأما القياس فـلا يصح فإن اختصاصهـا باسم لا يقتضى الصحة كـبيع المنابذة والملامـسة وسائر البيـوع الفاسدة، وشركـة العنان تصح بين الكافرين، والكافر والمسلم بخلاف هذا.

فصول: في العبد المأذون له

يجوز أن يأذن السيد لعبده في التجارة بغير خلاف نعلمه، لأن الحَجْرَ عليه إنما كان لحق سيده، فجاز له التصرف بإذنه، وينفك عنه الحَجْرُ في قدر ما أذن له فيه، لأن تصرفه إنما جاز بإذن سيده، فزال الحجر في قدر ما أذن فيه كالوكيل، فإن دفع إليه مالا يتجر به كان له أن يبيع ويشتري ويتجر فيه، وإن أذن له أن يشتري في ذمته جاز، وإن عين له نوعًا من المال يتجر فيه جاز، ولم يكن له التجارة في غيره، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: يجوز أن يتجر في غيره وينفك عنه الحجر مطلقًا، لأن إذنه إطلاق من الحجر وفك له، والإطلاق لا يتبعض كبلوغ الصبي.

ولنا: أنه متصرف بالإذن من جهة الآدمي، فوجب أن يختص ما أذن له فيه كالوكيل والمضارب، وما قاله ينقض بما إذا أذن له في شراء ثوب ليلبسه أو طعام ليأكله، ويخالف البلوغ، فإنه يزول به المعنى الموجب للحجر، فإن البلوغ مظنة كمال العقل الذي يتمكن به من التصرف على وجه المصلحة، وههنا الرق سبب الحجر وهو موجود، فنظير البلوغ في الصبي العتق للعبد، وإنما يتصرف العبد بالإذن، ألا ترى أن الصبي يستفيد بالبلوغ قبول النكاح بخلاف العبد؟.

فصل: وإذا أذن له في التجارة لم يجز له أن يؤجر نفسه ولا يتوكل لإنسان، وبه قال الشافعي وأباحهما أبو حنيفة، لأنه يتصرف لنفسه فملك ذلك كالمكاتب.

ولنا: أنه عقد على نفسه فلا يملكه بالإذن في التجارة، كبيع نفسه وتزوجه، وقولهم: أنه يتصرف لنفسه ممنوع، بل يتصرف لسيده، وبهذا فارق المكاتب يتصرف لنفسه، ولهذا كان له أن يبيع من سيده.

فصل: وإذا رأى السيد عبده يتجر فلم ينهه لم يصر مأذونًا له، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: يصير مأذونًا له، لأنه سكت عن حقه فكان مسقطًا له، كالشفيع إذا سكت عن طلب الشفعة.

ولنا: أنه تصرف يفتقر إلى الإذن فلم يقم السكوت مقام الإذن، كما لو باع الراهن الرهن والمرتهن ساكت، أو باعه المرتهن والراهن ساكت، وكتصرفات الأجانب، ويخالف الشفعة، فإنها تسقط بمضي الزمان إذا علم لأنها على الوفر.

فصل: ولا يبطل الإذن بالإباق، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: يبطل، لأنه يزيل به ولاية السيد عنه في التجارة، بدليل أنه لا يجوز بيعه ولا هبته ولا رهنه، فأشبه ما لو باعه.

ولنا: أن الإباق لا يمنع ابتداء الإذن له في التجارة فلم يمنع استدامته كما لو غصبه

غاصب أو حبس بدين عليه أو على غيره، وما ذكروه غير صحيح، فإن سبب الولاية باق وهو الرق، ويجوز بيعه وإجارته ممن يقدر عليه ويبطل بالمغصوب.

فصل: ولا يجوز للمأذون التبرع بهبة الدراهم ولا كسوة الثياب، وتجوز هبته المأكول وإعارة دابته واتخاذ الدعوة ما لم يكن إسرافًا، وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي: لا يجوز شيء من ذلك بغير إذن سيده، لأن تبرع بمال مولاه، فلم يجز كهبة دراهمه.

ولنا: أن النبي ﷺ: كان يجيب دعوة المملوك(٣٦)، وروى أبو سعيد مولى أبي أسيد أنه تزوج فحضر دعوته أناس من أصحاب رسول الله ﷺ منهم عبد الله بن مسعود وحذيفة وأبو ذر، فأمهم وهو يومئذ عبد، رواه صالح في مسائله بإسناده(٣٧)، ولأن العادة جارية بهذا بين التجار فجاز كما جاز للمرأة الصدقة بكسرة الخبز من بيت زوجها.

---

(٣٦)أخرجه ابن ماجه (٢/ ح ٢٢٩٦) والحاكم في المستدرك (٢/ ٤٦٦) من حديث أنس وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي، وفي إسناده مسلم بن كيسان الملائي الأعور، قال الفلاس: متروك الحديث، وقال أحمد: لا يكتب حديثه، وقال يحيى: ليس بثقة، وقال البخاري: يتكلمون فيه، وقال النسائي وغيره: متروك، وذكره الذهبي في الميزان (٤/ ١٠٦، ١٠٧) قال ابن حجر في التقريب: (٢/ ٢٤٦) مسلم الأعور ضعيف، وذكره الهيثمي في المجمع (٩/ ٢٠) من حديث ابن عباس وقال: إسناده حسن، وأيضًا من حديث جابر قال: رواه البزار وإسناده حسن، وذكره الغزالي في الإحياء (٢/ ٥٦٢) وقال العراقي: ضعيف، وللدارقطني من غرائب مالك وضعفه، وأخرجه أبو نعيم في الحلية (٧/ ٣١٢) وفي إسناده مسلم الأعور وتقدم الحديث عنه.

(٣٧)أخرجه البيهقي في السنن (٣/ ١٢٦).

كتاب الوكالة

وهى جائزة بالكتاب والسنة والإجماع، أمـا الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا﴾ (التوبة: ٦٠) فجوز العمل عليـها، وذلك بحكم النيابة عن المستحقين، وأيضًا قوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنظُرْ أَيُّهَا أَزْكَىٰ طَعَامًا فَلْيَأْتِكُم بِرِزْقٍ مِّنْهُ﴾ (الكهف: ١٩) وهذه وكالة، وأما السنة: فروى أبو داود والأثرم وابن ماجه عن الزبير بن الخريت عن أبى لبيد لمازة بن زَبَّار عن عروة بن الجعد قال: عرض للنبى ﷺ جَلَبٌ فأعطانى دينارًا فقال: «يا عروة، ائت الجلب فاشتر لنا شاة» قال: فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشتريت شاتين بدينار، فجئت أسوقهما، أو أقودهما، فلقينى رجل بالطريق فساومنى فبعت منه شاة بدينار، فأتيت النبى ﷺ بالدينار وبالشاة، فقلت: يا رسول الله هذا دينارکم وهذه شاتكم، قال: «وصنعت كيف؟» قال: . فحدثته الحديث، قال: «اللهم بارك له فى صفقة يمينه»(١) هذا لفظ رواية الأثرم، وروى أبو داود بإسناده عن جابر بن عبد الله قال: أردت الخروج إلى خيبر فأتيت رسول الله ﷺ فقلت له: إنى أردت الخروج إلى خيبر، فقال: «ائت وكيلى فخذ منه خمسة عشر وسقًا فإن ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته»(٢)

باب الوكالة

وهى جائزة بالكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا﴾ فجوز العمل عليها وذلك بحكم النيابة عن المستحقين، وأيضًا قوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنظُرْ أَيُّهَا أَزْكَىٰ طَعَامًا فَلْيَأْتِكُم بِرِزْقٍ مِّنْهُ﴾ وهذه وكالة، وأما السنة فروى أبو داود والأثرم وابن ماجه بإسنادهم عن عروة بن الجعد قال: عرض للنبى ﷺ جلب فأعطانى دينارًا فقال: «يا عروة ائت الجلب فاشتر لنا شاة» قال: فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشتريت شاتين بدينار فجئت أسوقهما وأقودهما فلقينى رجل بالطريق فساومنى فبعت منه شاة بدينار فأتيت النبى ﷺ بالدينار والشاة فقلت: يا رسول الله هذا دينارکم وهذه شاتكم قال: «وصنعت كيف؟» قال: فحدثته الحديث فقال: «اللهم بارك له فى صفقة يمينه» هذا لفظ رواية الأثرم، وروى أبو داود بإسناده عن جابر بن عبد الله قال: أردت الخروج إلى خيبر فأتيت النبى ﷺ وقلت: إنى أردت الخروج إلى خيبر فقال: «ائت

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢/ ح ٢٤٠٢) وأبو داود (٣/ ح ٣٣٨٤) والترمذى (٣/ ح ١٢٥٨) وأحمد فى مسنده (٤/ ٣٧٦) كما أخرجه البخارى فى صحيحه (٦/ ح ٣٦٤٢/ فتح) مختصرًا بنحوه.

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ح ٣٦٣٢) ضعيف فى إسناده ابن إسحاق مدلس، وقد عنعنه.

وروى عنه ﷺ أنه وكل عمرو بن أمية الضمرى فى قبول نكاح أم حبيبة وأبا رافع فى قبول نكاح ميمونة(٣)، وأجمعت الأمة على جواز الوكالة فى الجملة، ولأن الحاجة داعية إلى ذلك، فإنه لا يمكن كل واحد فعل ما يحتاج إليه فدعت الحاجة إليها.

وكيلى فخذ منه خمسة عشر وسقًا فإن ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته» وروى عنه ﷺ أنه وكل عمرو بن أمية الضمرى فى قبول نكاح أم حبيبة وأبا رافع فى قبول نكاح ميمونة، وأجمعت الأمة على جواز الوكالة فى الجملة، ولأن الحاجة داعية إلى ذلك فإنه لا يمكن كل واحد فعل ما يحتاج إليه بنفسه.

1- **مسألة:** (تصح الوكالة بكل قول بدل الإذن وكل قول أو فعل بدل القبول).

لا تصح الوكالة إلاَّ بالإيجاب والقبول، لأنه عقد تعلق به حق كل واحد منهما فافتقر إلى الإيجاب والقبول كالبيع، والإيجاب هو كل لفظ دل على الإذن نحو قوله افعل كذا أو أذنت لك فى فعله، فإن النبى ﷺ وكل عروة بن الجعد فى شراء شاة بلفظ الشراء وكذلك قوله تعالى حكاية عن أهل الكهف: ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ﴾ إلى قوله ﴿فَلْيَأْتِكُم بِرِزْقٍ مِّنْهُ﴾ (الكهف: ١٩) ولأنه لفظ دل على الإذن فهو كقوله وكلتك، ويكفى فى القبول قوله قبلت، وكل لفظ دل عليه ويجوز بكل فعل دل عليه أيضًا، ونحو أن يفعل ما أمره بفعله، لأن الذين وكلهم النبى ﷺ لم ينقل عنهم سوى امتثال أمره، ولأنه أذن فى التصوف فجاز القبول فيه بالفعل كأكل الطعام.

2- **مسألة:** (ويجوز القبول على الفور والتراخى نحو أن يوكله فى بيع شىء فيبيعه بعد سنة أو يبلغه أنه وكله منذ شهر فيقول قبلت).

لأن قبول وكلاء النبى ﷺ كان بفعلهم وكان متراخيًا عن توكيله إياهم ولأنه أذن فى التصرف والإذن قائم ما لم يرجع عنه، أشبه الإباحة وهذا كله مذهب الشافعى.

فصل: ويجوز تعليقها على شرط، نحو قوله: إذا قدم الحاج فافعل كذا، أو إذا جاء الشتاء فاشتر لنا كذا، أو إذا جاء الأضحى فاشتر لنا أضحية، أو إذا طلب منك أهلى شيئًا فادفعه إليهم، أو إذا دخل رمضان فقد وكلتك فى كذا أو فأنت وكيلى، وبهذا قال أبو حنيفة،

---

(٣) أخرجه البيهقى من طريق ابن إسحاق (٧/ ١٣٩) والحاكم (٤/ ٢٢) من طريق محمد بن عمر ثنا إسحاق بن محمد حدثنى جعفر بن محمد بن على عن أبيه به ومحمد بن عمر هو الواقدى وهو متروك وعلة الحديث الإرسال، وقال الحافظ فى التلخيص (٥٧١٣) عقب الحديث واشتهر فى السير أنه ﷺ بعث عمرو بن أمية إلى النجاشى فزوجه أم حبيبة، وهو يحتمل أن يكون هو الوكيل فى القبول أو النجاشى، وظاهر ما فى أبى داود والنسائى أن النجاسى عقد عليها عن النبى ﷺ ، وولى النكاح خالد بن سعيد بن العاص كما فى المغازى، وقيل: عثمان بن عفان وهو «وهم» اهـ. والحديث: ضعيف، وأما توكيله أبا رافع سيأتى برقم (٤).

فصل: وكل من صح تصرفه فى شىء بنفسه، وكان مما تدخله النيابة: صح أن يوكل فيه رجلاً أو امرأة، حرّا أو عبدًا، مسلمًا كان أو كافرًا ، وأما من يتصرف بالإذن كالعبد المأذون له والوكيل والمضارب فلا يدخلون فى هذا، لكن يصح من العبد التوكيل فيما يملكه دون سيده، كالطلاق والخلع، وكذلك الحكم فى المحجور عليه لسفه لا يوكل إلا فيما له فعله من الطلاق والخلع وطلب القصاص ونحوه، وكل ما يصح أن يستوفيه بنفسه وتدخله النيابة صح أن يتوكل لغيره فيه، إلا الفاسق فإنه يصح أن يقبل النكاح لنفسه، وذكر القاضى أنه لا يصح أن يقبله لغيره، وكلام أبى الخطاب يقتضى جواز ذلك، وهو القياس، ولأصحاب الشافعى فى ذلك وجهان كهذين، فإما توكيله فى الإيجاب فلا يجوز إلا على الرواية التى تثبت الولاية له، وذكر أصحاب الشافعى فى ذلك وجهين: **أحدهما**: يجوز توكيله لأنه ليس بولى، ووجه الوجه الآخر: أنه موجب للنكاح، أشبه الولى، ولأنه لا يجوز إن يتولى ذلك بنفسه، فلم يجز أن يتوكل فيه كالمرأة، ويصح توكيل المرأة فى طلاق نفسها وطلاق غيرها، ويصح توكيل العبد فى قبول النكاح لأنه ممن يجوز إن يقبله لنفسه، وإنما يقف ذلك على إذن سيده ليرضى بتعلق الحقوق به، ومن لا يملك التصرف فى شىء بنفسه لا يصح أن يتوكل فيه كالمرأة فى عقد النكاح وقبوله والكافر فى تزويج مسلمة، والطفل والمجنون فى الحقوق كلها.

وقال الشافعى: لا تصح، لكن إن تصرف صح تصرفه لوجود الإذن وإن كان وكيلاً بجعل فسد المسمى وله أجر المثل، لأنه عقد يملك التصرف به فى الحياة أشبه البيع.

ولنا: أن النبى ﷺ قال: «أميركم زيد فإن قتل فجعفر فإن قتل فعبد الله بن رواحة»(١) وهذا فى معناه، ولأنه عقد اعتبر فى حق الوكيل حكمة وهو إباحة التصرف وصحته فكان صحيحًا كما لو قال: أنت وكيلى فى بيع عبدى إذا قدم الحاج، ولأنه لو قال: وكلتك فى شراء كذا فى وقت كذا صح بلا خلاف ومحل النزاع فى معناه، ولأنه أذن فى التصرف أشبه الوصية والتأمير، ولأنه عقد يصح بغير جعل ولا يختص فاعله أن يكون من أهل القربة فصح بالجعل كالتوكيل الناجز.

3- مسألة: (ولا يصح التوكيل والتوكل فى شىء إلاَّ ممن يصح تصرفه فيه) .

لأن من يصح تصرفه بنفسه فبنائبه أولى، وكل من صح تصرفه فى شىء بنفسه وكان مما تدخله النيابة صح أن يوكل فيه رجلاً كان أو امرأة حرًا أو عبدًا مسلمًا أو كافرًا، فأما من يتصرف بالإذن كالعبد المأذون له والوكيل والمضارب فلا يدخلون فى هذا، لكن يصح من العبد التوكيل فيما يملكه دون سيده كالطلاق والخلع، وكذلك الحكم فى المحجور عليه لسفه

---

(١) أخرجه البخارى (٧/ ح ٤٢٦١/ فتح) من حديث ابن عمر وأحمد فى مسنده (١/ ٢٠٤) والنسائى فى الكبرى (٥/ ١٨٠) من كتاب السير «باب» إذا قتل صاحب الراية هل يأخذ الراية غيره بغير أمر الإمام وإسناده صحيح، وأحمد أيضًا (٥/ ٢٩٩) من حديث أبى قتادة.

فـــصل: وللمكاتب أن يوكل فيـما يتصرف فيـه بنفسه ، وله أن يتوكل بـجعل لأنه من اكتساب المال ولا يمنع المكاتب من الاكتســاب، وليس له أن يتوكل لغيره بغير جعل إلا بإذن سيده، لأن منافعه كأعيان ماله وليس له بذل عين ماله بغير عوض وللعبد أن يتوكل بإذن سيده وليس له التوكيل بغير إذن سيده، وإن كان مأذونًا له فى التجارة لأن الإذن فى التجارة لا يتناول التوكيل، وتصح وكالة الصبى المراهق إذا أذن له الولى، لأنه ممن يصح تصرفه.

لا يوكل إلا فيما له فـعله كالطلاق والخلع وطلب القصاص، وكل ما صح أن يستوفـيه بنفسه وتدخله النيابة صح أن يتوكل لغـيره فيه إلاَّ الفاسق، فإنه يصح أن يقبـل النكاح لنفسه، وذكر القاضى أنه لا يجوز أن يقبله لغيره، وظاهر كـلام شيخنا فى الكتاب المشروح: أنه يصح وهو قول أبى الخطاب وهو القياس، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين أما توكيله فى الإيجاب فلا يجـوز إلاَّ على الرواية التى تثـبت الولاية له، وذكر أصـحاب الشـافـعى فى ذلك الوجهـين: **أحدهما:** يجوز لأنه ليس بولى، **والثانى:** لا يجوز لأنه موجب للنكاح أشبه الولى، ولأنه لا يجوز أن يتـولى ذلك بنفسه فلم يجـز أن يتوكل فيـه كالمرأة، ويصح توكـيل المرأة فى طلاق نفسهـا وغيرها ويصح توكيل العبد فى قـبول النكاح، لأنه ممن يجوز أن يقبله لنفـسه، وإنما يقف ذلك على إذن سيده ليرضى بتعلق الحقوق به، ومن لا يملك التصرف فى شىء لنفسه لا يصح أن يتـوكل فيه، كـالمرأة فى عـقد النكاح وقـبوله، والكافـر فى تزويج مسلمـة والطفل والمجنون فى الحقوق كلها، وللمكاتب أن يوكل فيما يتصرف فيه بنفسه، وله أن يتوكل بجعل لأنه من اكتساب المثال ولا يمنع من الاكتساب، وليس له أن يتوكل بغير جعل إلا بإذن سيده، لأن منافعه كأعيان ماله وليس له بذل عين مالـه بغير عوض، وتصح وكالة الصبى المميز بإذن الولى بناء على صحة تصرفه بإذنه.

4- مـســألة: **(ويجوز التوكـيل فى كل حق آدمى من العقود والفسـوخ والعتق والطلاق والرجعة وتملك المباحات من الصيد والحشيش ونحوه إلا الظهار واللعان والأيمان)** .

وجـملة ذلك أن التوكيل يجوز فى الشراء والبيع ومطالبة الحقوق والعتق والطلاق حاضرًا كان الموكل أو غائبًـا، وقد ذكرنا الدليل على ذلك من الآية والخبر والحـاجة تدعو إليه، لأنه قد يكون ممن لا يحـسن البيع والشراء أو لا يمكنه الخروج إلى السـوق وقد يكون له مال ولا يحسن التجارة فيــه، وقد يحسن ولا يتفرغ وقد لا تليق به التجارة، لكونه امـرأة أو ممن يتعير بها ويحط ذلك من منزلته فـأباحها الشرع دفعًا لـلحاجة وتحصيلاً لمـصلحة الآدمى المخلوق لعبـادة الله سبحانه، وكذلـك يجوز التوكيل فى الحـوالة والرهن والضمان والكفالة والـشركة والوديعة والمضاربة والجـعالة والمساقاة والإجارة والقرض والصلح والهبـة والصدقة والوصية والفسخ والإبراء، لأنها فى مـعنى البيع فى الحاجة إلى التوكيل فـيها، فيثبت فـيها حكمه ولا نعلم فيــه خلافًا، ويجـوز التوكيل فى الخلع والرجـعة، لأن الحاجة تدعـو إليه كدعـائها إلى

٨٤٠- **مسألة:** قال: (**ويجوز التوكيل فى الشراء والبيع، ومطالبة الحقوق، والعتق والطلاق، حاضراً كان الموكل أو غائبًا**).

لا نعلم خلافًا فى جواز التوكيل فى البيع والشراء، وقد ذكرنا الدليل عليه من الآية والخبر، ولأن الحاجة داعية إلى التوكيل فيه، لأنه قد يكون ممن لا يحسن البيع والشراء، أو لا يمكنه الخروج إلى السوق، وقد يكون له مال ولا يحسن التجارة فيه، وقد يحسن ولا يتفرغ، وقد لا تليق به التجارة، لكونه امرأة أو ممن يتعير بها ويحط ذلك من منزلته، وأباحها الشرع دفعًا للحاجة، وتحصيلاً لمصلحة الآدمى المخلوق لعبادة الله سبحانه، ويجوز التوكيل فى الحوالة والرهن والضمان والكفالة والشركة والوديعة والمضاربة والجعالة والمساقاة والإجارة والقرض والصلح والوصية والهبة والوقف والصدقة والفسخ والإبراء، لأنها فى معنى البيع فى الحاجة إلى التوكيل فيها، فيثبت فيها حكمه، ولا نعلم فى شىء من ذلك اختلافًا، ويجوز التوكيل فى عقد النكاح فى الإيجاب والقبول، لأن النبى ﷺ وكَّل عمرو بن أمية وأبا رافع فى قبول النكاح له[٤]، ولأن الحاجة تدعو إليه فإنه ربما احتاج إلى التزوج من مكان

التوكيل فى البيع ويجوز التوكيل فى تحصيل المباحات كإحياء الموات واستقاء الماء والاصطياد والاحتشاش، لأنها تملك مال بسبب لا يتعين عليه فجاز التوكيل فيه كالابتياع والإيهاب.

فصل: ولا تصح فى الأيمان والنذور، لأنها تتعلق بعين الحالف والناذر فأشبهت العبادات البدنية والحدود، ولا تصح فى الإيلاء والقسامة واللعان، لأنها أيمان ولا فى الظهار لأنه قول منكر وزور فلا يجوز فعله ولا الاستنابة فيه، ولا تجوز فى القسم بين الزوجات، لأنها تتعلق ببدن الزوج لأمر يختص به، ولا فى الرضاع، لأنه يختص بالمرضعة والمرتضع لأمر يختص بإنبات لحم المرتضع وإنشاز عظمه من لبنها، ولا تصح فى الغصب ولا فى الجنايات، لأن ذلك محرم وكذلك كل محرم، لأنه لا يحل له فعل بنفسه فلم تجز النيابة فيه.

5- **مسألة: (ويجوز أن يوكل من يقبل له النكاح ومن يزوج موليته إذا كان الوكيل ممن يصح له ذلك لنفسه وموليته)** لأن النبى ﷺ وكَّل عمرو بن أمية الضمرى وأبا رافع فى قبول

---

(٤) أما توكيل عمرو بن أمية فقد تقدم برقم (٢) وأما توكيل أبى رافع فأخرجه مالك فى الموطأ (١/ ٣٤٨/ ٦٩) عن ربيعه بن أبى عبد الرحمن بن سليمان بن يسار أن رسول الله ﷺ بعث أبا رافع ورجلاً من الأنصار فزوجا ميمونة بنت الحارث ورسول الله ﷺ بالمدينة قبل أن يخرج، وهذا إسناد رجاله ثقات ولكنه مرسل، ووصله الترمذى وابن حبان والبيهقى وأحمد من طريق مطر الوراق فقال: عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن عن سليمان بن يسار عن أبى رافع قال: تزوج رسول الله ﷺ ميمونة وهو حلال وبنى بها وهو حلال وكنت أنا الرسول فيما بينهما.

ومطر الوراق هذا قال الحافظ فى التقريب: صدوق كثير الخطأ فلا تقبل زيادته على مثل الإمام مالك فهذه علة الحديث فالإسناد ضعيف، والله أعلم.

بعيـد لا يمكنه السفر إليـه فإن النبى ﷺ تزوج أم حبـيبة وهى يومـئذ بأرض الحبـشة[٥]، ويجوز التـوكيل فى الطلاق والخلع والرجـعة والعتـاق، لأن الحاجة تدعـو إليه كدعـائها إلى التوكيل فى البيع والنكاح، ويجوز التوكيل فى تحصيل المـباحات كإحياء الموات وإسقاء الماء والاصطياد والاحتشـاش، لأنها تَمَلُّكُ مالٍ بسببٍ لا يتعين عليـه، فجاز التوكيل فيـه كالابتياع والاتهاب، ويجوز التـوكيل فى إثبات القصاص وحد القـذف واستيفائهما فى حـضرة الموكل وغيبته، لأنهما من حقوق الآدميين، وتدعـو الحاجة إلى التوكيل فيهما، لأن من له حق قد لا يحسن الاستيفاء، أو لا يحب أن يتولاه.

فصل: ويجوز التوكيل فى مطالبة الحقوق وإثباتها والمحاكمة فيها، حاضراً كان الموكل أو غائبـا، صحيحًا أو مـريضًا، وبه قال مالك وابن أبى ليلى وأبو يوسف ومحـمد والشافعى، وقال أبو حنيفة: للخـصم أن يمنع من محاكمة الوكيل إذا كان الموكـل حاضرًا، لأن حضوره مجلس الحكم ومخاصمـته حق لخصمه عليه، فلم يكن له نقله إلى غيره بغيـر رضاء خصمه كالدين عليه.

ولنا: أنه حق تجوز النيابة فـيه فكان لصاحبه الاستنابة بغيـر رضاء خصمه، كحال غـيبته ومرضه وكدفع المـال الذى عليه، ولأنه إجماع الصحابة ﭫ فإن عليّـا ﭬ وكل عقيلاً عند أبى بكر ﭬ، وقال: ما قضى له فلى، وما قضى عليـه فعلى، ووكل عبد الله بن جعفر عند عثمان وقال: إن للخـصومة قُحَمًا، وإن الشيطان ليحضـرها وإنى لأكره أن أحضرها، قال أبو زياد: القحم المهـالك، وهذه قصص انتشرت لأنها فى مظنة الشـهرة فلم ينقل إنكارها، ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك، فإنه قد يكون له حق أو يدعى عليه ولا يحسن الخصومة أو لا يحب أن يتولاها بنفسه، ويجـوز التوكيل فى الإقرار، ولأصحاب الشـافعى وجهان: أحـدهـمـا: لا يجوز التوكيل فيه، لأنه إخبار فلم يجز التوكيل فيه كالشهادة.

ولنا: أنه إثبات حق الذمة بالقول فجاز التوكيل فيـه كالبيع، وفارق الشهادة فإنها لا تثبت الحق، وإنما هو إخبار بثبوته على غيره.

فـصل: ولا يصح التوكيل فى الشهادة لأنها تتعلق بعـين الشهادة لكونها خبرًا عما رآه أو

النكاح له، ولأن الحاجة تدعو إليه فإنه ربما احتاج إلى التزويج من مكان بعيد لا يمكنه السفر إليه كمـا تزوج النبى ﷺ أم حبيبة وهى بأرض الـحبشة، ويجوز أن يوكل من يزوج مـوليته لأن الحاجة تدعو إليه فأشبه البـيع إذا كان الوكيل ممن يصح منه ذلك لموليته، وهل يجوز أن يكون فاسقًا؟ ينبنى على اشتراط ذلك فى ولاية النكاح، وسيذكر فى بابه إن شاء الله.

فـصل: ولا يصح التوكيل فى الشهادة، لأنها تتعلق بعـين الشاهد لكونها خبرًا عما رآه أو

---

(٥) أخرجه أحمد فى مسنده (٦/ ٤٢٧).

سمعه، ولا يتحقق هذا المعنى فى نائبه، فإن استناب فيها كان النائب شاهدًا على شهادته، لكونه يؤدى ما سمعه من شاهد الأصل وليس وكيلاً ولا يصح فى الأيمان والنذور، لأنها تتعلق بعين الحالف والناذر، فأشبهت العبادات البدنية والحدود، ولا يصح فى الإيلاء والقَسَامة واللعان لأنها أيمان، ولا فى القسم بين الزوجات، لأنه يتعلق ببدن الزوج لأمر لا يوجد من غيره، ولا فى الرضاع لأنه يختص بالمرضعة والمرتضع لأمر يختص بإثبات لحم المرتضع وإنشاز عظمه بلبن المرضعة، ولا فى الظهار، لأنه قول منكر وزور، فلا يجوز فعله ولا الاستنابة فيه، ولا يصح فى الغصب لأنه محرم، ولا فى الجنايات لذلك ولا فى كل محرم، لأنه لا يجوز له فعله، فلم يجز لنائبه.

سمعه، ولا يتحقق هذا المعنى فى نائبه فإن استناب فيها كان النائب شاهدًا على شهادة لكونه يؤدى ما سمعه من شاهد الأصل وليس بوكيل، ولا يصح فى الاغتنام، لأنه متى حضر النائب تعين عليه الجهاد فكان السهم له، ولا فى الالتقاط لأنه بأخذه يصير لملتقطه.

فصل: ويجوز التوكيل فى المطالبة بالحقوق وإثباتها والمحاكمة فيها حاضراً كان الموكل أو غائبًا صحيحًا أو مريضًا، وبه قال مالك وابن أبى ليلى وأبو يوسف ومحمد والشافعى، ٤٦٣ وقال أبو حنيفة: للخصم أن يمتنع من محاكمة الوكيل إذا كان الموكل حاضراً، لأن حضوره مجلس الحاكم ومخاصمته حق لخصمه عليه، فلم يكن له نقله إلى غيره بغير رضاء خصمه كالدين عليه.

ولنا: أنه حق تجوز النيابة فيه فكان لصاحبه الاستنابة بغير رضاء خصمه كحالة غيبته ومرضه وكدفع المال الذى عليه، ولأنه إجماع الصحابة ﷺ فإن عليّا وكل عقيلاً عند أبى بكر ﷺ، قال: ما قضى له فلى وما قضى عليه فعلىّ، ووكل عبد الله بن جعفر عند عثمان وقال: إن للخصومة قحمًا وإن الشيطان يحضرها، وإنى لأكره أن أحضرها، قال أبو زياد: القحم المهالك، وهذه قصص اشتهرت لأنها فى مظنة الشهرة فلم ينقل إنكارها، ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك فإنه قد يكون له حق أو يدعى عليه، ولا يحسن الخصومة أو لا يحب أن يتولاها بنفسه، ويجوز التوكيل فى الإقرار، ولأصحاب الشافعى وجهان: **أحدهما**: لا يجوز التوكيل فيه، لأنه إخبار بحق فلم يجز التوكيل فيه كالشهادة.

ولنا أنه إثبات حق فى الذمة بالقول، فجاز التوكيل فيه كالبيع وفارق الشهادة فإنها لا تثبت الحق وإنما هو إخبار بثبوته على غيره، ويجوز التوكيل فى إثبات القصاص وحد القذف واستيفائهما لأنهما من حقوق الآدميين، وتدعو الحاجة إلى التوكيل فيهما، لأن من له الحق قد لا يحسن الاستيفاء أو لا يحب أن يتولاهما.

فـــصـل: فأما حقوق الله تعالى فما كان منها حدّاً كحد الزنا والسرقة، جاز التوكيل فى استيفائه، لأن النبى ﷺ قال: «اغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها» فغدا عليها أنيس فاعترفت فأمر بها فرجمت، متفق عليه(٦)، وأمر النبى ﷺ برجم ماعز فرجموه(٧)، ووكل عثمان عليًا فى إقامة حد الشرب على الوليد بن عقبة ووكل على الحسن فى ذلك فأبى الحسن فوكل عبد الله بن جعفر فأقامه وعلى يعد، رواه مسلم(٨)، ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك، لأن الإمام لا يمكنه تولى ذلك بنفسه، ويجوز التوكيل فى إثباتها، وقال أبو الخطاب: لا يجوز فى إثباتها، وهو قول الشافعى، لأنها تسقط بالشبهات، وقد أمرنا بدرئها بها، والتوكيل يوصل إلى الإيجاب.

ولنا: حديث أنيس، فإن النبى ﷺ وكله فى إثباته واستيفائه جميعًا، فإنه قال: «فإن اعترفت فارجمها» وهذا يدل على أنه لم يكن ثبت، وقد وكله فى إثباته واستيفائه جميعًا، ولأن الحاكم إذا استناب دخل فى ذلك الحدود فإذا دخلت فى التوكيل بطريق العموم وجب أن تدخل بالتخصيص بها أولى، والوكيل يقوم مقام الموكل فى درئها بالشبهات، وأما العبادات فما كان منها له تعلق بالمال كالزكاة والصدقات والمنذورات والكفارات جاز التوكيل فى قبضها وتفريقها ويجوز للمخرج التوكيل فى إخراجها ودفعها إلى مستحقها، ويجوز أن يقول لغيره أخرج زكاة مالى من مالك، لأن النبى ﷺ بعث عماله لقبض الصدقات وتفريقها، وقال لمعاذ حين بعثه إلى اليمن: «أعلمهم أن عليهم صفقة تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم،

6- مسألة: (ويجوز فى كل حق لله تعالى تدخله النيابة من العبادات والحدود فى إثباتها واستيفائها كحد الزنا والسرقة).

لأن النبى ﷺ قال: «اغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها» فغدا عليها أنيس فاعترفت فأمر بها فرجمت، متفق عليه، وأمر النبى ﷺ برجم ماعز فرجموه ووكل عثمان عليّا فى إقامة حد الشرب على الوليد بن عقبة، رواه مسلم، ولأن الحاجة تدعو إليه، لأن الإمام لا يمكنه تولى ذلك بنفسه، ويجوز التوكيل فى إثباتها وقال أبو الخطاب: لا يجوز، وهو قول الشافعى لأنها تسقط بالشبهات، وقد أمرنا بدرئها بها والتوكيل توصل إلى الإيجاب.

ولنا حديث أنيس الذى ذكرناه، فإن النبى ﷺ وكله فى إثباته واستيفائه جميعًا بقوله:

---

(٦) أخرجه البخارى (٤/ ٢٣١٤، ٢٣١٥/ فتح) ومسلم فى صحيحه (٣/ حدود/ ٤١٣٢/ ١٦٩٧، ١٦٩٨) والنسائى (٨/ ح ٥٤٢٦) وابن ماجه (٢/ ٢٥٤٩) والبيهقى (٨/ ٢١٣، ٢١٩، ٢٢٢، ٢٢٥).

(٧) أخرجه أحمد فى مسنده (١/ ٨، ٢٤٥، ٢٧٠) والبيهقى (٨/ ٢٢٧، ٣٢٩) والحاكم فى المستدرك (٤/ ٣٦٢) وقال: حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم فقد احتج ببشير بن مهاجر.

(٨) أخرجه مسلم (٣/ حدود/ ص ١٣٣١، ١٣٣٢، ٣٨).

فإن هـم أطاعوك بذلك فـإياك وكرائم أمـوالهم واتق دعوة المـظلوم فإنه ليس بينهـا وبين الله حجـاب»(٩) متفق عليه، ويجوز التوكـيل فى الحج إذا أيس المحجوج عنه من الحج بنفسه، وكذلك العمرة، ويجـوز إن يستناب من يحج عنه بعد الموت، وأما العبادات البدنـية المحضة كالصلاة والصيام والطهارة من الحدث فلا يجوز التـوكيل فيها لأنها تتعلق ببدن من هى عليه، فلا يقوم غيره مقامه فيها إلا أن الصيام المنذور يفعل عن الميت: وليس ذلك بتوكيل، لأنه لم يوكل فى ذلك ولا وكل فيه غـيره، ولا يجوز فى الصلاة إلا فى ركعـتى الطواف تبعًا للحج، وفى فعل الصــلاة المنذورة، وفى الاعتكاف المنذور عن الميت روايتان، ولا تجـوز الاستنابة فى الطهارة إلا فى صب الماء وإيصال الماء للأعضــاء، وفى تطهير النجاسة عن البدن والثواب وغيرهما.

فـــصل: كل ما جاز التوكيل فـيه جاز استيفاؤه فى حضرة المـوكل وغيبته، ونص عليـه أحمد، وهذا مذهب مالك، وقال بعض أصحابنا: لا يجـوز استيفاء القصاص وحد القذف فى غيبـة الموكل أومأ إليـه أحمد، وهو قول أبى حنيـفة وبعض الشافعـية، لأنه يحتمل أن يـعفو الموكل فى حالة غيبته فيسقط، وهذا الاحتمـال شبهة تمنع الاستيفاء، ولأن العفو مندوب إليه فإذا حضر احـتمل أن يرحمه فيعفـو، والأول ظاهر المذهب لأن ما جاز إستيـفاؤه فى حضرة الموكل جاز فى غيبته كالحدود وسائر الحقوق واحتمال العفو بعيد، والظاهر إنه لو عفا لبعث وأعلم وكـيله بعفـوه، والأصل عدمـه، فلا يؤثر، ألا ترى أن قـضاة رسول الله ﷺ كـانوا

«فإن اعترفت فارجمـها» وهذا يدل على أنه لم يكن ثبت وقد وكله فى إثباته، ولأن الحاكم إذا استناب دخل فى ذلك الحـدود، فإذا دخلت فى التوكـيل بطريق العموم فـبالتخـصيص يكون دخولها أولى، والوكيل يقوم مقام الموكل فى درئها بالشبهات.

فـــصل: فأما العبادات فما تعلق منهـا بالمال كالصدقات والزكاة والمنذورات والكفارات جاز التوكيل فى قبضها وتفريقها، ويجوز للمخرج التوكيل فى إخراجها ودفعها إلى مستحقها، ويجوز أن يقـول لغيـره: أخرج زكـاة مالى من مالك، لأن الـنبى ﷺ بعث عمالـه لقبض الصدقات وتفـريقها، وقال لمعاذ حـين بعثه إلى اليمن: «أعلمهم أن عليهم صــدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد فى فـقرائهم» متفق عليه، ويجوز التوكـيل فى الحج إذا أيس المحجوج عنه من الحج بنفسه وكذلك العمرة، ويجوز أن يستناب من يحج عنه بعد الموت، أما العبادات البدنية المحضة كالصلاة والصيام والطهارة من الحدث فلا يجـوز التوكيل فيها، فإنها تتعلق ببدن من هى عليه فلا يقوم غـيره مقامه، إلاَّ أن الصيام المنذور يفـعل عن الميت وليس ذلك بتوكيل، لأنه لم يوكل فى ذلك ولا وكل فيه غـيره، ولا يجوز فى الصلاة إلا فى ركعـتى الطواف تبعًا

---

(٩) أخرجـه البخارى (٣/ ح ١٣٩٥/ زكـاة) (٣/ ح ١٤٩٦/ زكاة) ومـسلم (١/ إيمان/ ٢٩٦/ ص ٥٠) وأبو داود (٢/ ح ١٥٨٤) والترمذى (٣/ ح ٦٢٥) وأحمد فى مسنده (١/ ٢٣٣) وإسناده صحيح.

يحكمون فى الـبلاد، ويقيـمون الحدود التى تدرأ بالشـبهات مـع احتمــال النسخ؟ وكذلك لا يحتاط فى استـيفاء الحدود بإحضار الشهود مع احـتمال رجوعهم عن الشهادة أو تغيـر اجتهاد الحاكم.

فصل: ولا تصح الوكالة إلا بالإيجاب والقبول، لأنه عقد تعلق به حق كل واحد منهما، فافتقر إلى الإيجاب والقبـول كالبيع، ويجوز الإيجاب بكل لفظ دل على الإذن، نحو أن يأمره بفعل شىء، أو يقـول: أذنت لك فى فعله، فـإن النبى ﷺ وكل عروة بن الجعـد فى شراء شاة بلفظ الشراء، وقال الله تعالى مخبراً عن أهل الكهف أنهم قالوا: ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنظُرْ أَيُّهَا أَزْكَىٰ طَعَامًا فَلْيَأْتِكُم بِرِزْقٍ مِّنْهُ﴾ (الكهف: ١٩) ولأنه لفظ دال على الإذن فجرى مـجرى قوله: وكلتك، ويجوز القـبول بقوله: قبلت وكل لفظ دل عليـه، ويجوز بكل فعل دل على القـبول، نحو أن يفـعل ما أمره بفـعله، لأن الذين وكلهم النبى ﷺ لم ينقل عنهم سوى امتثال أمره، ولأنه إذن فى التصرف فجاز القبول فيه بالفعل، كأكل الطعام، ويجوز القبول على الـفور والتراخى، نحو أن يبلغه أن رجـلاً وكله فى بيع شىء منذ سنة فيبـيعه، أو يقول: قبلت أو يأمره بفعل شىء فيفعله بـعد مدة طويلة، لأن قبول وكلاء النبى ﷺ لوكالته كان بفعلهم، وكان متراخيـًا عن توكيله إياهم، ولأنه إذن فى التصرف والإذن قائم ما لم يرجع عنه فأشبه الإباحة، وهذا كله مذهب الشافعى.

للحج، ولا تجوز الاسـتنابة فى الطهارة إلاَّ فى صب الماء وإيصـاله إلى الأعضاء وفى تطهـير النجاسة عن البدن والثوب وغيرهما.

7- مـسـألة: (ويجوز الاستيفـاء فى حضرة الموكل وغيبته، نص علـيه أحمد، وهو قول مالك إلاَّ القصاص، وحد القذف عند بعض أصحابنا لا يجوز فى غيبته).

وقد أومأ إليه أحمد، وهو قول أبى حنيفة وبعض الشـافعية، لأنه يحتمل أن يعفو الموكل فى حال غيـبته فيسقط، وهذا الاحـتمال شبهة تـمنع الاستيفاء ولأن العفـو مندوب إليه، فإذا حضر احتمل أن يرحمه فيعفو، والأول ظاهر الـمذهب أن ما جاز استيفاؤه فى حضرة الموكل جاز فى غيبته كالحدود وسائر الحقوق واحـتمال العفو بعيد، والظاهر أنه لو عفا لبعث وأعلم وكيله بعفـوه والأصل عدمه فلا يؤثر، ألا ترى أن قضاة رسـول الله ﷺ كانوا يحكمون فى البلاد ويقيمون الحـدود التى تُدرأ بالشبهات مع احتمال النسخ، وكذلك لا يخـتلط فى استيفاء الحدود بإحضار الشهود مع احتمال رجوعهم عن الشهادة أو بغير اجتهاد الحاكم.

8- مـسـألة: (ولا يجوز للوكيل أن يوكل فيما يتـولى مثله بنفسه إلا بإذن الموكل، وعنه يجوز، وكذلك الوصى والحاكم، وله التوكيل فيما لا يتولى مثله بنفسه أو يعجز عنه لكثرته).

وجـملة ذلك أن التوكيل لا يخلو من ثلاثة أحوال: أحـدها: أن ينهى الموكل وكيله عن التوكيل فلا يجوز له ذلك بغير خلاف، لأن ما نهاه عنه غير داخل فى إذنه فلم يجز له كما لو

فصل: ويجوز تعليقها على شرط، نحو قوله: إذا قدم الحاج فبع هذا الطعام، وإذا جاء الشتاء فاشتر لنا فحمًا، وإذا جاء الأضحى فاشتر لنا أضحية، وإذا طلب منك أهلى شيئًا فادفعه إليهم، وإذا دخل رمضان فـقد وكلتك فى هذا أو فأنت وكيلى، وبهذا قـال أبو حنيفة، وقال الشافعى: لا يـصح، لكن إن تصرف صح تصرفه لوجـود الإذن، وإن كان وكيلاً بجـعل فسد المسمى، وله أجر المثل، لأنه عقد يملك به التصرف فى الحياة، فأشبه البيع.

ولنا: أن النبى ﷺ قـال: «أميـركم زيد، فإن قـتل فجـعفـر، فإن قـتل فعبـد الله بن رواحـــة»[١٠] وهذا فى معناه، ولأنه عقـد اعتبر فى حق الوكيل حكمه، وهو إباحـة التصرف وصحته فكان صحيحًا، كما لو قال: أنت وكيلى فى بيع عبدى إذا قدم الحاج، ولأنه لو قال: وكلتك فى شـراء كذا فى وقت كذا صح بلا خـلاف، ومحل النزاع فى مـعناه، ولأنه إذن فى التصرف أشبه الوصية والتأميـر، ولأنه عقد يصح بغير جعل، ولا يختص فاعله بكونه من أهل القربة، فصح بالجعل كالتوكيل الناجز.

فصل: ويجوز التوكيل بجـعل وغير جعل، فإن النبى ﷺ وكل أنيسًا فى إقامة الحد وعروة فى شراء شاة، وعمرًا وأبا رافع فى قبول النكاح بغـير جعل، وكان يبعث عماله لقبض الصدقات ويجـعل لهم عمالة، ولهذا قـال له ابنا عمه: لو بعثتنا علـى هذه الصدقات، فنؤدى إليك ما يؤدى الناس ونصيب ما يصيبه الناس؟ يعنيان العمالة، فإن كانت بجعل استحق الوكيل الجعل بتسليم ما وكل فيه إلى الموكل إن كان ممـا يمكن تسليمه، كثوب ينسجه أو يقصره أو

لم يوكله، **الثانى**: أن يأذن له فى التوكيل فيجوز له، لأنه عقد أذن فيه فكان له فعله كالتصرف المأذون فيه، ولا نعلم فى هذا خلافًا، فـإن قال: وكلتك فاصنع ما شئت فله أن يوكل، وقال أصحاب الشافعى: ليس له التوكيل فى أحد الوجهين، لأن التوكيل يقتضى تصرفًا يتولاه بنفسه فقوله اصنع ما شئت يرجع إلى ما يقتضيه التوكيل من تصرفه بنفسه.

ولنا: أن لفظه عام فيما شاء فيدخل فى عمومه التوكيل.

الثـالث: أطلق له الوكالة فلا يخلو من أقسام ثلاثة: **أحـدها**: أن يكون العمل مما يترفع الوكيل عن مـثله كالأعمال الـدنية فى حق أشراف الناس المرتفـعين عن فعلهـا فى العادة، أو يعجز عن عمله لكونه لا يحسنه فإنه لا يجوز له التوكيل فيه، لأنه إذا كان مما لا يعمله الوكيل عادة انصرف الإذن إلى ما جرت به العادة من الاستنابة فيه، **القسم الثانى**: أن يكون مما يعمله بنفسه إلاَّ أنه يعـجز عن عمله لكثرته وانتشـاره فيجوز له التوكيل فى عـمله أيضًا، لأن الوكالة اقتضت جواز التوكـيل فى فعل جميعه، كما لو أذن فيـه بلفظه، وقال القاضى: عندى أنه إنما

---

(١٠) أخرجه البخارى (٧/ ح ٤٢٦١/ فتح) من حديث ابن عـمر، وأحمد فى مسنده (١/ ٢٠٤) والنسائى (٥/ ١٨٠) من كتاب السيـر «باب إذا قتل صاحب الراية هل يأخذ الراية غيره بغـير أمر الإمام» وإسناده صحيح، وأحمد أيضًا (٥/ ٢٩٩) من حديث أبى قتادة.

يخيطه فمتى سلمه إلى الموكل إن كان مما يمكن تسلمـيه، كثوب ينسجه أو يقصره أو يخيطه فمتى سلمه إلى الموكل معمولاً فله الأجر، وإن كـان الخياط فى دار الموكل فكلما عمل شيئًا وقع مقبوضًا، فيستحق الوكـيل الجعل إذا فرغ الخياط من الخياطة، وإن وكل فى بيع أو شراء أو حج استـحق الأجر إذا عـمله، وإن لم يقبض الثـمن فى البيع، وإن قـال: إذا بعت الثوب وقبضت ثمنه وسلمته إلى فلك الأجر لم يستحق منها شيئًا حتى يسلمه إليه فإن فاته التسليم لم يستحق شيئًا لفوات الشرط.

فـصل: ولا تصح الوكالة إلا فى تصرف معلوم، فإن قال: وكلتك فى كل شىء، أو فى كل قليل وكثير، أو فى كل تصرف يجوز لى، أو فى كل مـا لى التصرف فيه لم يصح، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى، وقال ابن أبى ليلى، يصح، ويملك به كل ما تناوله لفظه، لأنه لفظ عام فصح فيما يتناوله، كما لو قال: بع مالى كله.

ولنا: أن فى هذا غررًا عظيمًا وخطرًا كبيرًا، لأنه تدخل فيه هبة ماله وطلاق نسائه وإعتاق رقيقه وتزوج نسـاء كثيرة، ويلزمه المهـور الكثيرة والأثمان العظيمة، فـيعظم الضرر وإن قال: اشتر لى ما شئت لم يصح، لأنه قد يشتـرى ما لايقدر على ثمنه، وقد روى عن أحمد ما يدل على صحته، لقوله فى رجلين قال كل واحد منهمـا لصاحبه: ما اشتريت من شىء فهو بيننا: إنه جائز وأعجبـه، ولأن الشريك والمضارب وكيلان فى شراء مـا شاء، فعلى هذا ليس له أن يشترى إلا بثـمن المثل فما دون، ولا يشـترى ما لا يقدر المـوكل على ثمنه، ولا ما لا يرى المصلحة له فى شرائه، وإن قال: بع مالى كلـه واقبض ديونى كلها صح، لأنه قد يعرف ماله وديونه، وإن قـال: بع ما شـئت من مالى، واقـبض ما شـئت من ديونى جاز، لأنـه إذا جاز التوكـيل فى الجميع فـفى بعضه أولى، وإن قال: اقـبض دينى كله وما يتـجدد فى المستـقبل صح، وقال أصحاب الشافعى: إذا قال: بع ما شـئت من مالى لم يجز، وإن قال: من عبيدى جاز، لأنه محصور بالجنس.

له التوكيل فيمـا زاد على ما يتمكن من عمله بنفسه لأن التوكيل إنما جاز لـلحاجة فاختص ما دعت إليه الحاجة، بخلاف وجود إذنه إنه مطلق، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين، **القسم الثالث:** ما عدا هذين القسمين وهو ما يمكنه عمله بنفسه، ولا يترفع عنه فهل يجوز له التوكيل فيه؟ على روايتين: **إحدهما:** لا يجوز، نقلها ابن منصور، وهو مذهب أبى حنيفة وأبى يوسف والشافعى، لأنه لم يأذن له بالتوكيل ولا تضمنه إذنه لم يجز كمـا لو نهاه، ولأنه استئمان فيما يمكنه النهوض فيه فلم يكن له أن يوليـه من لم يأمنه عليه كالوديعة، **والثـانيـة:** يجوز نقـلها أحمد، وبه قال ابن أبى ليلى إذا مرض أو غاب، لأن الوكيل له أن يتصرف بنفسه فملكه بنائبه كالمالك، والأولـى أولى ولا يشبه الوكيل المالـك، فإن المالك يتصرف فى ملـكه كيف شاء بخلاف الوكيل.

ولنا: أن ما جاز التوكيل فى جميعه جاز فى بعضـه كعبده، وإن قال: اشتر لى عبدًا تركيًا أو ثوبًا هرويًا صح، وإن قال: اشتـر لى عبدًا، أو قال ثوبًا ولم يذكر جنسـه صح أيضًا، وقال أبو الخطاب: لا يصح، وهو مذهب الشافعى لأنه مجهول.

ولنا: أنه توكيل فى شراء عبد فلم يشترط ذكر نوعه كالقراض.

ولا يشترط ذكـر قدر الثمن، ذكره القاضى، وقال أبو الخطاب: لا يصح حـتى يذكر قدر الثمن، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافـعى، لأن العبيد تتفاوت من الجنس الواحد، وإنما تتميز بالثمن.

ولنا: أنه إذا ذكر نوعًا فقـد أذن فى أغلاه ثمنًا، فيقل الغرر ولأن تقدير الـثمن يضر، فإنه قد لا يجد بقدر الثمن، ومن اعتبر ذكر الثمن جوز أن يذكر له أكثر الثمن وأقله.

فصل: وإذا وكل وكيلين فى تصرف وجعل لكل واحد الانفراد بالتصرف فله ذلك، لأنه مأذون له فيـه، فإن لم يجعل له ذلك فليس لأحدهمـا الانفراد به، لأنه لم يأذن له فى ذلك، وإنما يجوز له ما أذن فيه موكله، وبهذا قـال الشافعى وأصحاب الرأى، وإن وكلهما فى حفظ ماله حفظاه معًـا فى حرز لهما، لأن قوله افعلا كذا يـقتضى اجتماعهمـا على فعله، وهو مما يمكن فتعلق بهمـا، وفارق هذا قوله: بعتكما، حيث كان منقسمًـا بينهما، لأنه لا يمكن كون الملك لهما على الاجتماع فانقسم بينهما، فإن غاب أحد الوكيلين لم يكن للآخر أن يتصرف، ولا للحاكم ضما أمين إليـه ليتصرفا، لأن الموكل رشيد جائز الـتصرف لا ولاية للحاكم عليه فلا يضم الحاكم وكيـلاً له بغير أمره، وفارق ما لو مات أحد الوصيـين، حيث يضيف الحاكم إلى الوصى أمينًا لينصرف، لكون الحاكم له النظر فى حق الـميت واليتيم، ولهذا لو لم يوص إلى أحد أقام الحـاكم أمينًا فى النظر لليتيم، وإن حـضر الحاكم أحد الوكـيلين والآخر غائب وادعى الوكالة لهما وأقام بينة سمعها الحاكم، وحكم بثبوت الوكالة لهما، ولم يملك الحاضر التصرف وحده، فإذا حضر الآخر تصرفا معًـا ولا يحتاج إلى إعادة البينة، لأن الحاكم سمعها لهما مرة، **فإن قيل**: هذا حكم للغائب، **قلنا**: يجوز تبعًا لحق الحاضر كما يجوز أن يحكم بالوقف الذى يثبت لمن لم يخلق لأجل من يستحقه فى الحال، كذا هـهنا، وإن جحد الغائب الوكالة أو عزل نفـسه لم يكن للآخر أن يتصـرف، وبما ذكرناه قال أبو حنيفـة والشافعى، ولا نعلم فيه خـلافًا وجميع التـصرفات فى هذا سواء، وقال أبو حنيـفة: إذا وكلهما فى خـصومة فلكل واحد منهما الانفراد بها.

ولنا: أنه لم يرض بتصرف أحدهما، أشبه البيع والشراء.

٨٤١- **مسألة**: قال: **(وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل فيه، إلا أن يجعل ذلك إليه)**.

لا يخلو التوكيل من ثلاثة أحوال: **أحدها**: أن ينهى الموكل وكيله عن التوكيل، فلا يجوز له ذلك بغير خلاف لأن ما نهاه عنه غـير داخل فى إذنه، فلم يجز كما لو لم يوكله، **الثـانى**: أذن له فى التوكيل فيجوز له ذلك، لأنه عقد أذن له فـيه فكان له فعله كالتصرف المأذون فيه،

ولا نعلم فى هذه خلافًا، وإن قـال له: وكلتك فاصنع ما شئت فله أن يوكل، وقـال أصحاب الشافعى: ليس له التوكيل فى أحد الوجهين، لأن التوكيل يقتضى تصرفًا يتولاه بنفسه، وقوله: اصنع ما شئت: يرجع إلى ما يقتضيه التوكيل من تصرفه بنفسه.

ولنا: أن لفظه عام فيما شاء فيدخل فى عمومه كالتوكيل.

الثـالث: أطلق الوكالة، فلا يخـلو من أقسام ثلاثة: **أحـدها:** أن يكون العمل مما يرتفع الوكيل عن مـثله كالأعمال الـدنية فى حق أشراف الناس المرتفـعين عن فعلهـا فى العادة، أو يعجز عن عـمله لكونه لا يحسنه أو غير ذلك فإنه يجـوز له التوكيل فيه، لأنه إذا كـان مما لا يعلمه الوكيل عادة انصرف الإذن إلى مـا جرت به العادة من الاستنابة فيه. **القـسم الثانى:** أن يكون مما يعمله بنفسه إلا أنه يعجز عن عمله كله لكثرته وانتشاره، فيجوز له التوكيل فى عمله أيضًا، لأن الوكالة اقتضت جواز التوكيل، فجاز التـوكيل فى فعل جميعه، كما لو أذن التوكيل بلفظه، وقال القاضى: عندى أنه إنما له التوكيل فيما زاد على ما يتمكن من عمله بنفسه، لأن التوكـيل إنما جاز للحاجـة، فاختص ما دعت إليـه الحاجة بخلاف وجـود إذنه، فإنه مطلق، ولأصحاب الشافعـى وجهان كهذين، **القسم الـثالث:** ما عدا هذين القســمين، وهو ما يمكنه عمله بنفسه ولا يترفع عنه، فهل يجـوز له التوكيل فيه؟ على روايتين: **إحداهـما:** لا يجـوز، نقلها ابن منصور، وهو مذهب أبى حنيفة وأبى يوسف والشافعى، لأنه لم يأذن له فى التوكيل ولا تضمنه إذنه، فلم يجز كما لو نهاه، ولأنه استئمان فيما يمكنه النهوض فيه، فلم يكن له أن يوليه لمن لم يأمنه عليه كالوديعة، **والأخرى:** يجوز، نقلها حنبل، وبه قال ابن أبى ليلى: إذا مرض أو غاب، لأن الوكيل له أن يتصرف بنفســه فملكه نيابة كالمالك والأول أولى، ولا يشبه الوكيل المالك، فإن المالك يتصرف بنفسه فى ملكه كيف شاء بخلاف الوكيل.

فــصل: وكل وكيل جـاز له التوكيل فليـس له أن يوكل إلا أمينًا، لأنه نظر للمـوكل فى توكيل من ليس بأمين، فيقـيد جواز التوكيل بما فيه الحظ والنظر كمـا أن الإذن فى البيع يتقيد بالبيع بثمن المـثل إلا أن يعين له الموكل من يوكله، فيجـوز توكيله، وإن لم يكن أمينًا، لأنه قطع نظره بتعيينه، وإن وكل أمينًا وصار خائنًا فعليه عزله، لأن تركه يتصرف مع الخيانة تضييع وتفريط، والوكالة تقتضى استئمان أمين، وهذا ليس بأمين فوجب عزله.

فــصل: والحكم فى الوصى يوكل فيـما أوصى به إليه، وفى الحاكم يولى القـضاء فى

فـصل: وكل وكيل جاز له التـوكيل فليس له أن يوكل إلاَّ أمينًا، لأنه لا نظر للموكل فى توكيل من ليس بأمين فيفـيد جواز التوكيل بما فيه الحظ والنظر، كمـا أن الإذن فى البيع يتقيد بالبيع بثمن المـثل، إلاَّ أن يعين له الموكل من يوكله فيجـوز توكيله، وإن لـم يكن أمينًا، لأنه قطع نظره بتعيينه فإن وكل أمـينًا صار خائنًا فعليه عزله، لأن تركه يتصـرف مع الخيانة تضييع وتفريط، والوكالة تقتضى استئمان أمين، وهذا ليس بأمين فوجب عزله.

فـصل: والحكم فى الوصى يوكل فـيما أوصـى به إليه، وفى الحاكم يولى القـضاء فى

ناحية يستنيب غــيره: حكم الوكيل فيما ذكرنا من التفصــيل، إلا أن المنصوص عن أحمد فى رواية مهنا: جواز ذلك، وهو قول الشافعى فى الوصى، لأن الوصى يتصرف بولاية، بدليل أنه يتصــرف فيمــا لم ينص له على التصــرف فيه، والوكــيل لا يتصرف إلا فــيمــا نص له عليه، والجمع بينهمــا أولى، لأنه متصرف فى مال غيره بالإذن، فـأشبه الوكيل، وإنما يتصــرف فيما اقتضته الوصية كالوكيل إنما يتصرف فيما اقتضته الوكالة.

فــصل: فأما الولى فى النكاح فله التـوكيل فى تزويج موليته بغير إذنهـا أبًا كان أو غيره، وقال القاضى فيــمن ولايته غير ولاية الإجبار: هو كالوكيــل؟ يخرج على الروايتين المنصوص عليهما فى الوكيل، ولأصحاب الشافعى فيه وجهان: **أحدهما:** لا يملك التوكيل إلا بإذنها لأنه لا يملك التزويج إلا بإذنها أشبه الوكيل.

ولنا: أن ولايته من غير جهــتها، فلم يعتبر إذنها فى توكيله فيــها كالأب، بخلاف الوكيل ولأنه يتـصرف بحكم الولاية الشــرعيــة، أشبه الحــاكم، ولأن الحاكم يــملك تفويض عــقود الأنكحة إلى غيــره بغير إذن النساء، فكذلك الــولى، وما ذكروه يبطل بالحاكم، والذى يعــتبر إذنها فيه: هو غــير ما يوكل فيه، بدليل أن الوكيل لا يستــغنى عن إذنها له فى التزويج أيضًا، فهو كالموكل فى ذلك.

فــصل: إذا أذن الموكل فى التوكيل فوكل، كان الــوكيل الثانى وكيلاً للموكل، لأنه لا ينعزل بموت الوكيل الأول ولا عزله، ولا يملك الأول عزل الثانى، لأنه ليس بوكيله، وإن أذن

ناحية يســتنيب غيره حكم الوكــيل فيما ذكرنا من الــتفصيل، إلا أن المنصــوص عن أحمد فى رواية مهنا جواز ذلك، وهو قول الشــافعى فى الوصى، لأن الوصى يتصرف بولائه، بدليل أنه لم يتصرف فيما لم ينص له على التصرف فيه، والوكيل لا يتصرف إلاَّ فيما نص له عليه، قال شيخنا: والجمع بينهما أولى، لأنه متصرف فى مــال غيره بالإذن فأشبه الوكيل، وإنما يتصرف فيما اقتضته الوصية كالوكيل إنما يتصرف فيما اقتضته الوكالة.

فــصل: فأما الولى فى النكاح فله التـوكيل فى تزويج موليته بغير إذنهـا أبًا كان أو غيره، وقال القــاضى فيمن لا يجــوز له الإجبار هل هو كــالوكيل؟ يخرج على الروايتــين المنصوص عليهما فى الوكيل، ولأصحاب الشافعى فيه وجهان: **أحدهما:** لا يملك التوكيل إلا بإذنها لأنه لا يملك التزويج إلاَّ بإذنها أشبه الوكيل.

ولنا: أن ولايته من غير جهتها فلم يعتبر إذنها فى توكيله فيها كالأب بخلاف الوكيل، فإن الولى متصرف بحكم الولاية الشرعية أشبه الحاكم، ولأن الحاكم يملك تفويض عقود الأنكحة إلى غيره بغير إذن النساء فكذلك الولى، وما ذكروه يــبطل بالحاكم، والذى يعتبر إذنها فيه هو غير ما يوكل فيه، بدليل أن الوكيل لا يستغنى عن إذنها فى التزويج فهو كالموكل فى ذلك.

فــصل: إذا أذن الموكل فى التوكيل فوكل كان الــوكيل الثانى وكيلاً للموكل، لا ينعزل

له أن يوكل لنفســه جاز، وكان وكيلاً للمـوكل ينعزل بموته وعزله إيـاه، وإن مات الموكل أو عزل الأول انعزلا جميعًا، لأنهما فرعـان له لكن أحدهما فرع للآخر، فذهب حكمهما بذهاب أصلهما، وإن وكل من غير أن يؤذن له فى التوكـيل نطقًا، بل وُجِدَ عُرفًا، أو على الرواية التى أجزنا له التوكيل من غير إذن، فالثانى وكيل الوكيل الأول، حكمه حكم ما لو أذن له أن يوكل لنفسه.

فـصل: إذا وكل رجلاً فى الخصومة لم يقبل إقراره على موكله بقبض الحق ولا غيره، وبه قال مـالك والشافعى وابن أبى ليلى، وقـال أبو حنيفة ومـحمد: يقبل إقـراره فى مجلس الحكم فيما عدا الحدود والقصاص، وقال أبو يوسف، يقبل إقراره فى مجلس الحكم وغيره، لأن الإقرار أحد جوابى الدعوى فصح من الوكيل كالإنكار.

ولنا: أن الإقرار معنًى يقطع الخصـومة وينافيها، فلا يملكه الوكيل فـيها كالإبراء، وفارق الإنكار، فإنه لا يقطع الخصومة، ويملكه فى الحدود والقـصاص، وفى غير مجلس الحاكم، ولأن الوكيل لا يمـلك الإنكار على وجه يمنع المـوكل من الإقرار، فلو ملك الإقـرار لامتنع على الموكل الإنكار فـافترقـا، ولا يملك المصالـحة عن الحق، ولا الإبراء منه بغيـر خلاف نعلمه، لأن الإذن فى الخصومة لا يقتضى شيئًا من ذلك، وإن أذن له فى تثبيت حق لم يملك قبضــه، وبه قال الشافعى، وقـال أبو حنيفة: يملك قبـضه، لأن المقصـود من التثبيت قـبضه وتحصيله.

بموت الوكيل الأول ولا عزله، ولا يملك الأول عـزل الثانى لأنه ليس بوكيله، وإن أذن له أن يوكل لنفســه جاز وكان وكيـلاً للوكيل ينعزل بمـوته وعزله، وإن مات المـوكل أو عزل الأول انعزلا جميعًا، لأنهما فرعان له لكن أحدهما فرع الآخر فذهب حكمهما بذهاب أصلهما، وإن وكل من غير أن يؤذن له فى التوكيل نطقًا بل وجـد عرفًا أو على الرواية التى أجزنا له التوكيل من غير إذن، فالثانى وكيل الوكيل الأول حكمه حكم ما لو أذن له أن يوكل لنفسه.

9- مسألة: (ويجوز توكيل عبد غيره بإذن سيده).

لأن المنع لحق السيد فجاز بإذنه ولا يجوز بغـير إذنه، لأنه لا يجوز له التصرف بغير إذن سيده لكونه محجورًا عليه، إذا أذن فى ذلك صح كما تصح تصرفاته بإذنه.

10- مسألة: (فإن وكله بإذنه فى شراء نفسه من سيده فعلى روايتين):

إحداهما: يصح، وبه قال أبو حنيفة وبعض الشافعية، **والثانية**: لا يجوز، وهو قول بعض الشافعية، لأن يد العبد كيد سيده فأشبه ما لو وكله فى الشراء من نفسه، ولهذا يحكم للإنسان بما فى يد عبده.

ولنا: أنه يجوز أن يشترى عـبدًا من غير مولاه فجاز أن يشـتريه من مولاه كالجنبى، وإذا جاز أن يشترى غيره جاز أن يشترى نفسه، كما أن المرأة لما جاز توكيلها فى طلاق غيرها جاز

ولنا: أن القبض لا يتناوله الإذن نطقًا ولا عرفًا، إذ ليس كل من يرضاه لتثبيت الحق يرضاه لقبضه، وإن وكله فى قبض حق فجحد من عليه الحق كان وكيلاً فى تثبيته عليه فى أحد الوجهين، وبه قال أبو حنيفة، والآخر: ليس له ذلك، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى، لأنهما معنيان مختلفان، فالوكيل فى أحدهما لايكون وكيلاً فى الآخر، كما لا يكون وكيلاً فى القبض بالتوكيل فى الخصومة، ووجه الأول: أنه لا يتوصل إلى القبض إلا بالتثبيت، فكان إذنًا فيه عرفًا، ولأن القبض لا يتم إلا به، فملكه كما لو وكل فى شراء شىء ملك وزن ثمنه أو فى بيع شىء ملك تسليمه. ويحتمل أنه إن كان الموكل عالمًا بجحد من عليه الحق أو مطله كان توكيلاً فى تثبيته والخصومة فيه لعلمه بوقوف القبض عليه، وإن لم يعلم ذلك لم يكن توكيلاً فيه لعدم علمه بتوقف القبض عليه، ولا فرق بين كون الحق عينًا أو دينًا، وقال بعض أصحاب أبى حنيفة: إن وكله فى قبض عين لم يملك تثبيتها لأنه وكيل فى نقلها، أشبه الوكيل فى نقل الزوجة.

ولنا: أنه وكيل فى قبض حق، فأشبه الوكيل فى قبض الدين، وما ذكروه يبطل بالتوكيل فى قبض الدين، فإنه وكيل فى قبضه ونقله إليه.

فى طلاق نفسها، والوجه الذى ذكروه لا يصح، لأن أكثر ما يقدر ههنا جعل توكيل العبد كتوكيل سيده، وسنذكر صحة توكيل السيد فى البيع والشراء من نفسه فههنا أولى، فعلى هذا إذا قال العبد: اشتريت نفسى لزيد وصدقاه صح ولزم زيدًا الثمن، وإن قال السيد: ما اشتريت نفسك إلا لنفسك عتق العبد لإقرار السيد على نفسه بما يعتق به، ويلزم العبد الثمن فى ذمته لسيده، لأن زيدًا لا يلزمه الثمن لعدم حصول العبد له وكون سيده لا يدعيه عليه، فلزم العبد، لأن الظاهر ممن باشر العقد أنه له، وإن صدقه السيد وكذبه زيد نظرت فى تكذيبه، فإن كذبه فى الوكالة حلف وبرئ وللسيد فسخ البيع واسترجاع عبده لتعذر ثمنه، وإن صدقه فى الوكالة وقال: ما اشتريت نفسك لى فالقول قول العبد، لأن الوكيل يقبل قوله فى التصرف المأذون فيه.

فصل: وإذا وكل عبده فى إعتاق نفسه أو امرأته فى طلاق نفسها صح، وإن وكل العبد فى إعتاق عبيده أو المرأة فى طلاق نسائه لم يملك إعتاق نفسه ولا المرأة طلاق نفسهما، لأنه ينصرف بإطلاقه إلى التصرف فى غيره، ويحتمل أن لهما ذلك لشمولهما عموم اللفظ، كما يجوز للوكيل فى البيع أن يبيع من نفسه فى إحدى الروايتين، وإن وكل غريمه فى إبراء نفسه صح، لأنه وكله فى إسقاط حق من نفسه فهو كتوكيل العبد فى إعتاق نفسه، وإن وكله فى إبراء غرمائه لم يكن له أن يبرئ نفسه، كما لو وكله فى حبس غرمائه لم يملك حبس نفسه، وإن وكله فى خصومتهم لم يكن وكيلاً فى خصومة نفسه، ويحتمل أن يملك إبراء نفسه لما ذكرنا من قبل، وإن وكل المضمون عنه فى إبراء الضامن فأبرأ صح ولم يبرأ المضمون عنه،

فــصل: وإن وكله فى بيع شىء ملـك تسليمـه ، لأن إطلاق التوكـيل فى البيع يقـتضى التسليم لكونه من تمامــه، ولـم يملك الإبراء من ثمنه، وبهذا قال الشافعى، وقـال أبو حنيفة: يملكه.

ولنا: أن الإبراء ليس من البـيع ولا من تتمتـه، فلا يكون التـوكيل فى البيـع توكيلاً فـيه كالإبراء من غـير ثمنه، وأمـا قبض الثمن فـقال القاضى وأبو الخطـاب: لا يمكن، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى، لأنه قد يوكل فى البيع من لا يأمنه على قبض الثمن، فعلى هذا إن تعذر قبض الثـمن من المشترى لم يلزم الوكيل شىء، ويحتــمل أن يملك قبض الثمن لأنه من موجب البيع فملكه الوكيل فى كتسليم المـبيع، فعلى هذا ليس له تسليم المبيع إلا بقبض الثمن أو حـضوره، وإن سلمه قبل قـبض ثمنه ضمنه، والأولى أن ينظر فيه، فـإن دلت قرينة الحال على قبض الثمن مثل توكيله فى بيع ثوب فى سوق غائب عن الموكل، أو موشع يضيع الثمن بترك قبض الوكـيل له كان إذنًا فى قبضه ومتى ترك قبضـه كان ضامنًا له لأن ظاهر حال الموكل أنه إنمـا أمره بالبيع لتـحصيل ثمنه، فـلا يرضى بتضييـعه، ولهذا يعـد من فعل ذلك مضيعًا مفرطًا، وإن لم تدل القرينة على ذلك لم يكن له قبضه.

فــصل: وإن وكله فى بيع شىء أو طلب الشفـعة أو قسم شىء ففـيه وجهان: أحـدهما: يملك تثبيته، وهو قول أبى حنيفة فى القسـمة وطلب الشفعة، لأنه لا يتوصل إلى ما وكله فيه إلا بالتثبيت، **والثانى:** لا يملكه، وهو قول بعض أصحاب الشافعى، لأنه يمكن أحدهما دون الآخر فلم يتضمن الإذن فى أحدهما الإذن فى الآخر.

وإن وكل الضامن فى إبراء المضمون عـنه أو الكفيل فى إبراء المكفول عنه صح وبرئ الوكيل ببراءته، لأنه فرع عليه، فإذا برئ الأصل برئ الفرع.

11- **مسألة: (والوكالة عقد جائز من الطرفين).**

لكل واحد منهما فسخها مـتى شاء، لأنه إذن فى التصرف، فكان لكل واحد منهما إبطاله كالإذن فى أكل طعامه، فإن وكل المرتهن فى بيع الرهن ففيه اختلاف ذكرناه.

12- **مـسـألة: (وتبطل بالموت والجنون والحجر للسفه وكـذلك كل عقد جائز كالشركة والمضاربة).**

تبطل الوكالة بموت الموكل والوكيل وجنون الـمطلق بغير خلاف علمناه إذا علم الحال، وكذلك يبطل بخـروجه عن أهليه التصـرف كالحجر عليـه لسفه، لأنه لا يملك التـصرف فلا يملكه غيره من جهته كالجنون والموت، وكذلك كل عقد جائز كالشركة والمضاربة قياسًا على الوكالة، قال أحمد فى الشركة: إذا وسوس أحدهما فهو مثل العزل.

فصل: فإن حجر على الوكيل لفلس فالوكالة بحالها، لأنه لم يخرج عن أهلية التصرف، وإن حجر على الموكل وكانت الوكالة فى أعـيان ماله بطلت، لانقطاع تصرفه، وإن كانت فى

فـصل: وإن وكله فى شراء شىء ملك تسليم ثمنه، لأنه من تتمته وحقوقه، فهو كتسليم المبيع فى البيع، والحكم فـى قبض المبيع كالحكم فى قبض الثمن فى المـبيع على ما مضى من القول فيه، فإن اشترى عبداً ونقد ثمنه فخـرج العبد مستحقّاً، فهل يملك أن يخاصم البائع فى الثمن؟ على وجهين، فإن اشـترى شيئًا وقبضه وأخر تسليم الثـمن لغير عذر فهلك فى يده فهو ضامن له، وإن كـان له عذر، مثل أن ذهب لينقذه فهلك أو نحو ذلك فـلا ضمان عليه، نص عليـه أحمد، لأنه مـفرط فى إمـساكه كـما فى الصـورة الأولى دون الثانية فلـذلك لزمه الضمان، بخلاف ما إذا لم يفرط.

فـصل: وإذا وكله فى قبض دين من رجل فمات نظرت فى لفظه، فإن قال: اقبض حقى من فلان لم يكن له قـبضه من وارثه، لأنه لم يؤمـر بذلك، وإن قال: اقبض حـقى الذى قبل فلان، أو على فلان فله مـطالبة وارثه والقبض، لأن قبضــه من الوارث قبض للحق الذى على مـوروثه، **فـإن قـيل:** فلو قال: اقبض حقى من زيد فـوكل زيد إنسانًا فى الدفع إليه، كان له القبض منه، والوارث نائب الموروث، فهو كوكيله، **قلـنا:** إن الوكيل إذا دفع عنه بإذنه جرى مجـرى تسليمــه، لأنه أقامه مـقام نفســه، وليس كذلك هـــهنا، فإن الحق انتـقل إلى الورقة فاستحقت المطالبة عليهم لا بطريق النيـابة عن الموروث، ولهذا لو حلف لا يفعل شيئًا حنث بفعل وكيله له ولا يحنث بفعل وارثه.

٨٤٢- مـسـألـة: قـال: **(وإذا باع الوكيل، ثم ادعى تلف الثمن من غيـر تعد، فلا ضمان عليه، فإن اتهم حلف).**

إذا اختلف الوكيل والمـوكل لم يخل من ست أحوال: **أحـدها:** أن يختلفـا فى التلف، فيقـول الوكيل: تلف مالك فى يدى أو الثمن الذى قـبضته ثمن متـاعك تلف فى يدى فيكذبه الموكل، فالـقول قول الوكيل مع يمـينه، لأنه أمين، وهذا مما يتـعذر إقامة البينـة عليه، فلا يكلف ذلك كـالمودع، وكـذلك كل من كان فى يده شىء لغـيره على سـبيل الأمـانة كالأب

الخصـومة أو الشراء فى الذمـة أو الطلاق أو الخلع أو القصاص لـم تبطل، لأن الموكل أهل لذلك، وإن فسق الوكـيل لم ينعزل، لأنه من أهل التـصرف إلاَّ أن تكون الوكالة فـيما ينافـيه الفسق كالإيجاب فى عقد النكاح فإنه ينعزل بفسق أحدهما، لخروجه عن أهلية التصرف، وإن كان وكـيلاً فى القبول لم ينعـزل بفسق موكله، لأنه لا ينافى جـواز قبوله، وهل ينعـرل بفسق نفسه؟ على وجهين: **أولاهما:** أنه لا ينعزل، لأنه يجوز أن يقبل النكاح لنفسه فجاز أن يقبله لغيره كـالعدل، وإن كان وكيلاً فـيما يشترط فـيه الأمانة كوكيل ولى اليـتيم وولى الوقف على المساكين ونحو هذا انعـزل بفسقه وفسق موكله لخروجهمـا لذلك عن أهلية التصرف وإن كان وكيلاً لـوكيل من يتصرف فى مـال نفسه انعزل بفـسقه لأن الوكيل ليس له توكـيل فاسق، ولا ينعزل بفسق موكله، لأن موكله وكيل لرب المال ولا ينافيه الفسق.

والوصى وأمين الحاكم والمودع والشريك والمضارب والمرتهن والمستأجر والأجير المشترك، وإنما كان كذلك، لأنه لو كلف ذلك مع تعذره عليه لامتنع الناس من الدخول فى الأمانات مع الحاجة إليها، فيلحقهم الضرر، قال القاضى: إلا أن يدعى التلف بأمر ظاهر كالحريق والنهب وشبهـهما، فعليه إقامـة البينة على وجود هذا الأمر فى تلك الناحيـة ثم يكون القول قوله فى تلفها بذلك، وهذا قول الشافعى، لأن وجود الأمر الظاهر مـما لا يخفى، فلا تتعذر إقامة البينة عليه، **الحال الثانية**: أن يختلفا فى تعدى الوكيل أو تفريطه فى الحفظ، ومخالفته أمر موكله، مثل أن يدعى عليه أنك حـملت على الدابة فوق طاقتهـا، أو حملت عليها شيـئًا لنفسك، أو فرطت فى حفظها، أو لبست الثوب، أو أمرتك بـرد المال فلم تفعل ونحو ذلك، فالقول قول الوكيل أيضًـا مع يمينه، لمـا ذكرنا فى الذى قبله، ولأنه منكـر لما يدعى عليه، والقـول قول المنكر، ومتى ثبت التلف فى يده من غيـر تعديه إما لقبول قوله وإما بـإقرار موكله أو بينة فلا ضمان عليه، وسواء تلف المتاع الذى أمر ببيعـه أو باعه وقبضه ثمنه فتلف الثمن، وسواء كان بجعل أو بغير جعل لأنه نائب المالك فى اليد والتصرف، فكان الهلاك فى يده كالهلاك فى يد المالك، وجرى مجرى المودع والمضارب وشبههما، وإن تعدى أو فرط ضمن، وكذلك سائر الأمناء ولو باع الوكيل سلعة وقـبض ثمنها فتلف من غير تـعد واستحق المبيع رجع المـشترى بالثمن على المـوكل دون الوكيل، لأن المبيـع له فالرجوع بالعهـدة عليه كما لو باع بنـفسه،

فـــصل: ولا تبطل الوكـالة بالنوم والسكر والإغـماء، لأن ذلك لا يخـرجه عن أهليـة التصرف، ولا تثبت عليه الولاية إلاَّ أن يحصل الفسق بالسكر فقد ذكرناه مفصلاً.

ولا تبطل بالتعـدى فيمـا وكل فيه مثل لبس الثـوب وركوب الدابة، وهذا أحد الوجـهين لأصحاب الشافعى، **والثانى**: تبطل بذلك لأنها عقد أمانة فبطلت بالتعدى كالوديعة.

ولنا: أنه تصرف بإذن موكله، فـصح كما لو لم يتعد ويفارق الوديعـة من حيث إنها أمانة مجردة فنافاها التـعدى والخيانة، والوكالة إذن فى التصرف تضمنت الأمـانة فإذا انتفت الأمانة بالتعدى بقى الإذن بحاله، فعلى هذا لو وكله فى بيع ثوب فلبـسه صار ضامنًا، فإذا باعه صح بيعه وبرئ من ضمانه لدخوله فى ملك المشتـرى وضمانه، فإذا قبض الثمن كان أمانة فى يده غير مضمون عليه، لأنه قبضه بإذن المـوكل ولم يتعد فيه، ولو دفع إليه مالاً ووكله أن يشترى به شيئًا فتعدى فى الثمن صار ضامنًا، وإذا اشتـرى به وسلمه زال الضمان وقبضه للمبيع قبض أمانة، وإن ظهـر بالمبيع عـيب رد عليه أو وجد هو بما اشـتراه عيـبًا فرده وقبض الثـمن كان مضمونًا عليه. لأن العقد المزيل للضمان زال فعاد ما زال به.

13- مسألة: (وهل تبطل بالردة وحرية عبده؟ على وجهين).

يصح توكيل المسلم كافرًا فـيما يصح تصرفه فيه، سواء كان ذميّـا أو مستأمنًا أو حربيّا أو مرتدّا، لأن العدالة لا تشترط فى صحة الوكالة فكذلك الدين كالبيع، فإن وكل مسلمًا فارتد لم

الحال الثالثة: أن يختلفا فى التصرف، فيقول الوكيل: بعت الثوب وقبضت الثمن فتلف، فيقول الموكل: لم تبع ولم تقبض، أو يقول: بعت ولم تقبض شيئًا، فالقول قول الوكيل، ذكره ابن حامد، وهو قول أصحاب الرأى، لأنه يملك البيع والقبض، فيقبل قوله فيهما، كما يقبل قول ولى المرأة المجبرة على النكاح فى تزويجها، ويحتمل أن لا يقبل قوله، وهو أحد القولين لأصحاب الشافعى، لأنه يقر بحق لغيره على موكله، فلم يقبل، كما لو أقر بدين عليه، وإن وكل فى شراء عبد فاشتراه واختلفا فى قدر ما اشتراه به فقال: اشتريته بألف، وقال: بل اشتريته بخمسمائة، فالقول قول الوكيل، لما ذكرناه، وقال القاضى: القول قول الموكل، إلا أن يكون عين له الشراء بما ادعاه، فقال: اشتر لى عبدًا بألف فادعى الوكيل أنه اشتراه بذلك، فالقول قول الوكيل إذًا، وإلا فالقول قول الموكل، لأن من كان القول قوله فى أصل شىء كان القول قوله فى صفته، وللشافعى قولان كهذين الوجهين، وقال أبو حنيفة: إن كان الشراء فى الذمة فالقول قول الموكل، لأن غارم مطالب بالثمن، وإن اشترى بعين المال فالقول قول الوكيل لكونه الغارم، فإنه يطالبه برد ما زاد على الخمسمائة.

ولنا: أنهما اختلفا فى تصرف الوكيل فكان القول قوله، كما لو اختلفا فى البيع، ولأنه أمين فى الشراء فكان القول قوله فى قدر ثمن المشترى كالمضارب، وكما لو قال له اشترى بألف عند القاضى.

الحال الرابعة: أن يختلفا فى الرد فيدعيه الوكيل فينكره الموكل، فإن كان بغير جعل

تبطل وكالته فى أحد الوجهين سواء لحق بدار الحرب أو أقام، وقال أبو حنيفة: تبطل إذا لحق بدار الحرب، لأنه صار منهم.

ولنا أنه يصح تصرفه لنفسه فلم تبطل وكالته كما لو لم يلحق بدار الحرب، ولأن الردة لا تمنع ابتداء الوكالة فلا تمنع استدامتها كسائر الكفر، وفيه وجه آخر أنها تبطل بالردة إذا قلنا: إن المرتد تزول أملاكه وتبطل تصرفاته، والوكالة تصرف، وإن ارتد الموكل لم تبطل الوكالة فيما له التصرف فيه، فأما الوكيل فى ماله فينبنى على تصرفه نفسه، فإن قلنا: يصح تصرفه لم يبطل توكيله، وإن قلنا: هو موقوف فوكالته موقوفه، وإن قلنا: يبطل تصرفه بطل توكيله، وإن وكل فى حال ردته ففيه الوجوه الثلاثة.

فصل: وإن وكل عبده ثم أعتقه أو باعه لم ينعزل، لأن زوال ملكه لا يمنع ابتداء الوكالة فلا يقطع استدامتها، وفيه وجه آخر أنها تبطل لأن توكيل عبده ليس بتوكيل فى الحقيقة، وإنما هو استخدام بحق الملك فيبطل بزوال الملك، وهكذا الوجهان فيما إذا وكل عبد غيره ثم باعه السيد، والصحيح الأول، لأن سيد العبد أذن له فى بيع ماله والعتق لا يبطل الإذن، فكذلك البيع إلاَّ أن المشترى إن رضى ببقائه على الوكالة وإلاَّ بطلت، وإن وكل عبد غيره فأعتقه فقال شيخنا: لا تبطل الوكالة وجهًا واحدًا، لأن هذا توكيل حقيقة، والعتق غير مناف له، وإن

فالقول قول الوكيل، لأنه قبض المال لنفع مالكه، فكان القول قوله كالمودع، وإن كان بجعل ففيه وجهان: **أحدهما**: أن القول قوله، لأنه وكيل فكان القول قوله كالأول، **والثانى**: لا يقبل قوله، لأنه قبض المال لنفع نفسه فلم يقبل قوله فى الرد كالمستعير، وسواء اختلفا فى رد العين أو رد ثمنها، وجملة الأمناء على ضربين: **أحدهما**: من قبض المال لنفع مالكه لا غير، كالمودع والوكيل بغير جعل، فيقبل قولهم فى الرد، لأنه لو لم يقبل قولهم لامتنع الناس من قبول هذه الأمانات، فيلحق الناس الضرر، **الثانى**: من ينتفع بقبض الأمانة، كالوكيل بجعل والمضارب والأجير المشترك والمستأجر والمرتهن، ففيهم وجهان، ذكرهما أبو الخطاب، وقال القاضى: لا يقبل قول المرتهن والمستأجر والمضارب فى الرد، لأن أحمد نص عليه فى المضارب فى رواية ابن منصور، ولأن من قبض المال لنفع نفسه لا يقبل قوله فى الرد، ولو أنكر الوكيل قبض المال ثم ثبت ذلك ببينة أو اعترف فادعى الرد أو التلف لم يقبل قوله، لأن خيانته قد ثبتت بجحده، فإن أقام بينة بما ادعاه من الرد أو التلف، فهل تقبل بينته؟ على وجهين: **أحدهما**: لا تقبل، لأنه كذبها بجحده، فإن قوله ما قبضت يتضمن أنه لم يرد شيئًا، **والثانى**: تقبل، لأنه يدعى الرد والتلف قبل وجود خيانته، وإن كان جحوده أنك لا تستحق علىَّ شيئًا، أو ما لك عندى شىء، سمع قوله مع يمينه، لأن جوابه لا يكذب ذلك، فإنه إذا كان قد تلف أو رد فليس له عنده شىء، فلا تنافى بين القولين، إلا أن يدعى أنه رده أو تلف بعد قوله: ما لك عندى شىء، فلا يسمع قوله أيضًا، لثبوت كذبه وخيانته.

اشتراه الموكل منه لم يبطل، لأن ملكه إياه لا ينافى إذنه له فى البيع والشراء، وإن وكل امرأته ثم طلقها لم تبطل الوكالة، لأن زوال النكاح لا يمنع ابتداء الوكالة فلم يمنع استدامتها.

فصل: وإن تلفت العين التى وكل فى التصرف فيها بطلت الوكالة، لأن محلها ذهب فذهبت الوكالة كما لو وكله فى بيع عبد فمات، وكذا لو دفع إليه دينارًا ووكله فى الشراء بعينه أو مطلقًا، لأنه إن وكله فى الشراء بعينه قد استحال الشراء به بعد تلفه فبطلت الوكالة، وإن وكله فى الشراء مطلقًا ونقد الدينار بطلت أيضًا، لأنه إنما وكله فى الشراء به، ومعناه: أن ينقده ثمن ذلك المبيع إما قبل الشراء أو بعده وقد تعذر ذلك بتلفه، ولأنه لو صح شراؤه للزم الموكل ثمن لم يلتزمه ولا رضى بلزومه، وإن استقرضه الوكيل وعزل دينارًا عوضه واشترى به فهو كالشراء له من غير إذن، لأن الوكالة بطلت والدينار الذى عزله عوضًا لا يصير للموكل حتى يقبضه، فإذا اشترى للموكل به شيئًا وقف على إجازة الموكل، فإن أجازه صح ولزمه الثمن، وإلا لزم الوكيل، وعنه يلزم الوكيل بكل حال، وقال القاضى: متى اشترى بعين ماله شيئًا لغيره بغير إذنه فالشراء باطل، لأنه لا يصح أن يشترى بعين ماله ما يملكه غيره، وقال أصحاب الشافعى: متى اشترى بعين ماله شيئًا لغيره صح الشراء للوكيل، لأنه اشترى ما لم يؤذن له فيه أشبه ما لو اشتراه فى الذمة.

الحال الخامسة: إذا اختلفا فى أصل الوكالة فقال: وكلتنى، فأنكر الموكل، فالقول قول الموكل، لأن الأصل عدم الوكالة، فلم يثبت أنه أمينه ليقبل قوله عليه، ولو قال: وكلتك ودفعت إليك مالاً فأنكر الوكيل ذلك كله، أو اعترف بالتوكيل وأنكر دفع المال إليه، فالقول قوله لذلك، ولو قال رجل لآخر: وكلتنى أن أتزوج لك فلانة بصداق كذا ففعلت وادعت المرأة ذلك، فأنكر الموكل، فالقول قوله، نص عليه أحمد فقال: إن أقام البينة وإلا لم يلزم الآخر عقد النكاح، قال أحمد: ولا يستحلف، قال القاضى: لأن الوكيل يدعى حقًا لغيره، فأما إن ادعته المرأة فينبغى أن يستحلف، لأنها تدعى الصداق فى ذمته فإذا حلف لم يلزمه الصداق ولم يلزم الوكيل منه شيء، لأن دعوى المرأة على الموكل، وحقوق العقد لا تتعلق بالوكيل ونقل إسحاق بن إبراهيم عن أحمد: أن الوكيل يلزمه نصف الصداق، لأن الوكيل فى الشراء ضامن للثمن وللبائع مطالبته به، كذا ههنا، والأول أولى، لما ذكرناه، ويفارق الشراء، لأن الثمن مقصود البائع، والعادة تعجيله وأخذه من المتولى للشراء، والنكاح يخالفه فى هذا كله، ولكن إن كان الوكيل ضمن المهر فلها الرجوع عليه بنصفه، لأنه ضمنه عن الموكل وهو مقر بأنه فى ذمته، وبهذا قال أبو حنيفة وأبو يوسف الشافعى، وقال محمد بن الحسن: يلزم الوكيل جميع الصداق، لأن التفرقة لم تقع بإنكاره، فيكون ثابتًا فى الباطن فيجب جميع الصداق.

ولنا: أنه يملك الطلاق فإذا أنكر فقد أقر بتحريمها عليه فصار بمنزلة إيقاعه لما تحرم به،

فصل: نقل الأثرم عن أحمد فى رجل كان له على آخر دراهم فقال له: إذا أمكنك قضاؤها فادفعها إلا فلان، وغاب صاحب الحق ولم يوص إلى هذا الذى أذن له فى القبض لكن جعله وكيلاً وتمكن من عليه الدين من القضاء فخاف إن دفعها إلى الوكيل أن يكون الموكل قد مات ويخاف التبعة من الورثة فقال: لا يعجبنى أن يدفع إليه لعله قد مات لكن يجمع بين الوكيل والورثة ويبرأ إليهما من ذلك، هذا ذكره أحمد على طريق النظر للغريم خوفًا من التبعة من الورثة إن كان موروثهم قد مات فانعزل وكيله وصار الحق لهم فيرجعون على الدافع إلى الوكيل، فأما من طريق الحكم فللوكيل المطالبة وللآخر الدفع إليه، فإن أحمد قد نص فى رواية حرب إذا وكله وغاب استوفاه الوكيل وهو أبلغ من هذا لكونه يدرأ بالشبهات لكن هذا احتياط حسن وتبرئة للغريم ظاهرًا وباطنًا وإزالة التبعة عنه، وفى هذه الرواية دليل على أن الوكيل انعزل بموت الموكل، وإن لم يعلم بموته لأنه اختار أن لا يدفع إلى الوكيل خوفًا من أن يكون الموكل قد مات فانتقل إلى الورثة ويجوز أن يكون اختار هذا لئلا يكون القاضى ممن يرى أن الوكيل ينعزل بالموت يحكم عليه بالغرامة، وفيها دليل على جواز تراخى القبول عن الإيجاب، لأنه وكله فى قبض الحق ولم يعلمه ولم يكن حاضرًا فيقبل، وفيها دليل على صحة التوكيل بغير لفظ التوكيل، وقد نقل جعفر بن محمد فى رجل قال لرجل: بع

قال أحمد: ولا تتزوج المرأة حتى يطلق لعله يكون كاذبًا فى إنكاره، وظاهر هذا تحريم نكاحها قبل طلاقها، لأنها معترفة بأنها زوجة له فيؤخذ بإقرارها، وإنكاره ليس بطلاق، وهل يلزم الموكل طلاقها؟ يحتمل أن لا يلزمه، لأنه لم يثبت فى حقه نكاح، ولو ثبت لم يكلف الطلاق، ويحتمل أن يكلفه لإزالة الاحتمال وإزالة الضرر عنها بما لا ضرر عليه فيه، فأشبه النكاح الفاسد، ولو ادعى أن فلانًا الغائب وكله تزويج امرأة فتزوجها له، ثم مات الغائب لم ترثه المرأة إلا أن يصدقه الورثة أو يثبت ببينة، وإن أقر الموكل بالتوكيل فى التزويج وأنكر أن يكون الوكيل تزوج له، فههنا الاختلاف فى تصرف الوكيل، والقول قول الوكيل فى فيثبت التزويج ههنا، وقال القاضى: لا يثبت، وهو قول أبى حنيفة، لأنه لا تتعذر إقامة البينة عليه لكونه لا ينعقد إلا بها، وذكر أن أحمد نص عليه، وأشار إلى نصه فيما إذا أنكر الموكل الوكالة من أصلها.

ولنا: أنهما اختلفا فى فعل الوكيل ما أمر به، فكان القول قوله، كما لو وكله فى بيع ثوب فادعى أنه باعه أو فى شراء عبد بألف فادعى أنه اشتراه به وما ذكره القاضى من نص أحمد فيما إذا أنكر الموكل الوكاله فليس بنص ههنا، لاختلاف أحكام الصورتين وتباينهما، فلا يكون النص فى إحداهما نصًا فى الأخرى، وما ذكره من المعنى لا أصل له، فلا يعول عليه، ولو غاب رجل فجاء آخر إلى امرأته فذكر أن زوجها طلقها وأبانها ووكله فى تجديد

ثوبى: ليس بشىء حتى يقول: قد وكلتك، وهذا سهو من الناقل، وقد تقدم ذكر الدليل على جواز التوكيل بغير لفظه وهو الذى نقله الجماعة.

14- **مسألة:** (وهل ينعزل الوكيل بالموت والعزل قبل علمه؟ على روايتين).

وجملة ذلك أن الوكالة عقد جائز من الطرفين وقد ذكرنا ذلك، فللموكل عزل وكيله متى شاء وللوكيل عزل نفسه وتبطل بموت أحدهما أو جنونه المطبق، ولا خلاف نعلمه فى ذلك مع العلم بالحال، فمتى تصرف بعد فسخ الموكل أو موته فهو باطل إذا علم ذلك، وإن لم يعلم بالعزل ولا بموت الموكل ففيه روايتان، وللشافعى فيه قولان: أحدهما: ينعزل وهو ظاهر كلام الخرقى، فعلى هذا متى تصرف فبان أن تصرفه بعد عزله أو موت موكله فتصرفه باطل، لأنه رفع عقد لا يفتقر إلى رضا صاحبه فصح بغير علمه كالطلاق والعتاق والثانية: لا ينعزل قبل علمه نص عليه أحمد فى رواية جعفر بن محمد لما فى ذلك من الضرر، لأنه قد يتصرف تصرفات فتقع باطله وربما باع الجارية فيطؤها المشترى أو الطعام فيأكله أو غير ذلك فيتصرف فيه المشترى ويجب ضمانه فيتضرر المشترى والوكيل، لأنه يتصرف بأمر الموكل فلا يثبت حكم الرجوع فى حق المأمور قبل علمه كالفسخ، فعلى هذه الرواية متى تصرف قبل العلم صح تصرفه وهذا قول أبى حنيفة، وروى عن أبى حنيفة: أن الوكيل إن عزل نفسه لم ينعزل إلاَّ بحضرة الموكل، لأنه متصرف بأمر الموكل فلا يصح رد أمره بغير حضرته كالمودع فى رد

نكاحها بألف، فأذنت فى نكاحها، فعقد عليها وضمن الوكيل الألف ثم جاء زوجها فأنكر هذا كله فالقـول قوله والنكاح الأول بحاله، وقيـاس ما ذكرناه: أن المرأة إن صدقت الـوكيل لزمه الألف، إلا أن بينهما زوجها قبل دخـول الثانى بها، وحكى ذلك عن مالك وزفر، وحكى عن أبى حنيـفة والشـافعى: أنـه لا يلزم الضامن شىء، لأنه فـرع عن المـضمـون عنه، ولم يلزم المضمون عنه شىء فكذلك فرعه.

ولنا: أن الوكيل مقر بأن الحق فى ذمة المضـمون عنه، وأنه ضامن عنه، فلزمه ما أقر به كما لو ادعى على رجل أنه ضمن له ألفًا على أجنبى، فأقر الـضامن بالضمان وصحته وثبوت الحق فى ذمة المضـمون عنه، وكما لو ادعى شفـعة على إنسان فى شقص اشتراه فـأقر البائع بالبيع، فأنكره المشـترى، فإن الشفيع يستحق الشفعـة فى أصح الوجهين، وإن لم تدع المرأة صحـة ما ذكره الوكـيل فلا شىء عليـه، ويحتمل أن من أسـقط عنه الضمـان أسقطه فى هذه الصورة ومن أوجبه فى الصورة الأخرى، فلا يكون فيها اختلاف، والله أعلم.

الحال السـادسة: أن يختلفا فى صفة الوكالة، فـيقول: وكلتك فى بيع هذا العبد قال: بل وكلتنى فى بيع هذه الجارية، أو قال: وكلتك في البيع بألفين قال: بل بألف، أو قال: وكلتك فى بيعه نقدًا قـال: بل نسيئة، أو قال: وكلتك فى شراء عبد قـال، بل فى شراء أمة، أو قال: وكلتك فى الشراء بخـمسة قال: بل بعشـرة، فقال القاضى: القول قـول الموكل وهو مذهب الشافعى وأصـحاب الرأى وابن المنذر، وقال أبو الخطاب: إذا قال: أذنت لـك فى البيع نقدًا

الوديعة، ووجه الأول ما ذكرناه، فأما الفسخ ففيه وجهان كالروايتين، ويمكن الفرق بينهما بأن أمر الشارع يتضمن المـعصية بتركه ولا يكون عاصيًا مع عـدم العلم، وهذا يتضمن العزل عنه إبطال التصرف فلا يمنع منه عدم العلم.

فـــصل: وإذا وقعت الوكالة مـطلقة ملك التصرف أبدًا ما لم يـفسخ الوكالة وتحـصل بقوله: فسخت الوكالة أو أبطلتها أو نقضتها أو أزلتك أو صرفتك أو عزلتك عنها، أو ينهاه عن فعل ما أمره به وما أشبه ذلك من الألفاظ المقتضية عزله والمؤية معناه أو يعزل الوكيل نفسه أو يوجد ما يقتضى فـسخها حكمًا على ما ذكرنا أو يوجد مـا يدل على الرجوع عن الوكالة، فإذا وكله فى طلاق امرأته ثم وطـئها انفسـخت الوكالة، لأن ذلك يدل على رغـبته فيـها واختـيار إمساكهـا، وكذلك لو وطئ الرجعية كان ارتجاعًا لهـا، فإذا اقتضى رجعتها بعـد طلاقها فلأن يقتضى استبقاءها على نكاحها ومنع طلاقها، وإن باشرها دون الفرج أو فعل ما يحرم على غير الزوج فهل تنفسخ الوكـالة فى الطلاق؟ يحتمل وجهين بناء على الخلاف فى حـصول الرجعة به، وإن وكله فى بيع عبـد ثم كاتبه أو دبره انفـسخت الوكالة، لأنه على إحـدى الروايتين لا يبقى محلاً للبيع، وعلى الرواية الأخرى تصرفه فيه بذلك يدل على أنه قصد الرجوع عن بيعه، وإن باعه بيعًا فاسدًا، لم تبطل الوكالة، لأن ملكه فى العبد لم يزل، ذكره ابن المنذر.

وفى الشراء بخمسة، قال: بل أذنت لى فى البيع نسيئة، وفى الشراء بعشرة: فالقول قول الوكيل، نص عليه أحمد فى المضاربة، لأنه أمين فى التصرف، فكان القول قوله فى صفته كالخياط إذا قال: أذنت لى فى تفصيله قباء، قال: بل قميصًا، وحكى عن مالك إن أدركت السلعة فالقول قول الموكل، وإن فاتت فالقول قول الوكيل، لأنها إذا فاتت لزم الوكيل الضمان، والأصل عدمه، بخلاف ما إذا كانت موجودة، والقول الأول أصح لوجهين: **أحدهما**: أنهما اختلفا فى التوكيل الذى يدعيه الوكيل والأصل عدمه، فكان القول قول من ينفيه، كما لو لم يقر الموكل بتوكيله فى غيره، **والثانى**: أنهما اختلفا فى صفة قول الموكل، فكان القول قوله فى صفة كلامه، كما لو اختلف الزوجان فى صفة الطلاق، فعلى هذا إذا قال: اشتريت لك هذه الجارية بإذنك قال: ما أذنت لك إلا فى شراء غيرها، أو قال: اشتريتها لك بألفين، فقال: ما أذنت لك فى شرائها إلا بألف، فالقول قول الموكل، وعليه اليمين فإذا حلف برئ من الشراء، ثم لا يخلو إما أن يكون الشراء بعين المال أو فى الذمة، فإن كان بعين المال فالبيع باطل وترد الجارية على البائع إن اعترف بذلك، وإن كذبه فى أن الشراء لغيره أو بمال غيره بغير إذنه فالقول قول البائع، لأن الظاهر أن ما فى يد الإنسان له، فإن ادعى الوكيل علمه بذلك حلفه أنه لا يعلم أنه اشتراه بمال موكله، لأنه يحلف على نفى فعل غيره، فكانت يمينه على نفى العلم، فإذا حلف أمضى البيع وعلى الوكيل غرامة الثمن لموكله ودفع الثمن

15- مسألة: (وإذا وكل اثنين لم يكن لأحدهما الانفراد بالتصرف إلا أن يجعل ذلك إليه).

وجملة ذلك أنه إذا وكل وكيلين وجعل لكل واحد الانفراد بالتصرف فله ذلك، لأنه مأذون فيه، وإن لم يجعل له ذلك فليس لأحدهما الانفراد به، لأنه لم يأذن فى ذلك وإنما يجوز له فعل ما أذن فيه موكله، وبه قال الشافعى وأصحاب الرأى، فإن وكلهما فى حفظ ماله حفظاه معًا فى حرز لهما، لأن قوله: افعلا كذا يقتضى اجتماعهما على فعله وهو مما يمكن فتعلق بهما، وفارق هذا قوله: بعتكما حيث كان منقسمًا بينهما، لأنه لا يمكن أن يكون الملك على الاجتماع فانقسم بينهما، فإن غاب أحد الوكيلين لم يكن للآخر أن يتصرف ولا الحاكم ضم أمين إليه ليتصرفا، لأن الموكل رشيد جائز التصرف لا ولاية للحاكم عليه، فلا يقيم الحاكم له بغير إذنه، وفارق ما لو مات أحد الوصيين حيث يضيف الحاكم إلى الوصى أمينًا ليتصرفا لكون الحاكم له النظر فى حق الميت واليتيم، ولهذا لو لم يوص إلى أحد أقام الحاكم أمينًا فى النظر لليتيم، وإن حضر الحاكم أحد الوكيلين والآخر غائب فادعى الوكالة لهما وأقام بينة سمعها الحاكم وحكم بثبوت الوكالة لهما ولم يملك الحاضر التصرف وحده فإذا حضر الآخر تصرفا معًا ولا يحتاج إلى إعادة البينة، لأن الحاكم سمعها لهما مرة، **فإن قيل**: هذا حكم الغائب، **قلنا**: يجوز تبعًا لحق الحاضر كما يجوز أن يحكم بالوقف الذى يثبت لمن لم

إلى البائع، وتبقى الجارية فى يده ولا تحل له لأنه لا يخلو من أن يكون صادقًا فتكون للموكل أو كاذبًا فتكون للبائع.

فإذا أراد استحلالها اشتراها ممن هى له فى الباطن فإن امتنع من بيعه إياها رفع الأمر إلى الحاكم ليرفق به ليبيعه إياها ليثبت الملك له ظاهرًا وباطنًا، ويصير ما ثبت له فى ذمته ضمنًا قصاصًا بالذى أخذ منه الآخر ظلمًا، فإن امتنع الآخر من البيع لم يجبر عليه، لأنه عقد مراضاة، وإن قال: إن كانت الجارية لى فقد بعتكها، أو قال الموكل، إن كنت أذنت لك فى شرائها بألفين فقد بعتكها ففيه وجهان: أحدهما: لا يصح، وهو قول القاضى وبعض الشافعية، لأنه بيع معلق على شرط، والثانى: يصح، لأن هذا أمر واقع يعلمان وجوده، فلا يضر جعله شرطًا، كما لو قال: إن كانت هذه الجارية جاريتى فقد بعتكها، وكذا كل شرط علما وجوده، فإنه لا يوجب وقوع البيع ولا شكا فيه، فأما إن كان الوكيل اشترى فى الذمة ثم نقد الثمن صح الشراء ولزم الوكيل فى الظاهر، فأما فى الباطن فإن كان الوكيل كاذبًا فى دعواه فالجارية له، لأنه اشتراها فى ذمته بغير أمر غيره، وإن كان صادقًا فالجارية لموكله، فإذا أراد إحلالها له توصل إلى شرائها منه كما ذكرنا، وكل موضع كانت للموكل فى الباطن فامتنع من بيعها للوكيل فقد حصلت فى يد الوكيل، وهى للموكل وفى ذمته للوكيل ثمنها، فأقرب الوجوه: أن يأذن للحاكم فى بيعها وتوفية حقه من ثمنها، فإن كانت للوكيل فقد أذن فى

يحلف لأجل من يستحقه فى الحال، كذا ههنا، وإن جحد الغائب الوكالة أو عزل نفسه لم يكن للآخر أن يتصرف، وبما ذكرناه، قال أبو حنيفة والشافعى: ولا نعلم فيه مخالفًا وجميع التصرفات فى هذا سواء، وقال أبو حنيفة: وإذا وكلهما فى خصومة فلكل واحد منهما الانفراد بها.

ولنا: أنه لم يرض بتصرف أحدهما أشبه البيع والشراء.

16- مسألة: (ولا يجوز للوكيل فى البيع أن يبيع لنفسه، وعنه يجوز إذا زاد على مبلغ ثمنه فى النداء أو وكل من يبيع وكان هو أحد المشترين، ولا فى الشراء أن يشترى من نفسه).

وجملة ذلك أن من وكل فى بيع شىء لم يجز أن يبيعه لنفسه ولا للوكيل فى الشراء أن يشترى من نفسه فى إحدى الروايتين، نقلها مهنا، وهو مذهب الشافعى وأصحاب الرأى، وكذلك الوصى لا يجوز أن يشترى من مال اليتيم شيئًا لنفسه فى إحدى الروايتين، وهو مذهب الشافعى، وحكى عن مالك والأوزاعى جواز ذلك فيهما، **والرواية الثانية** عن أحمد: يجوز لهما أن يشتريا بشرطين: **أحدهما:** أن يزيد على مبلغ ثمنه فى النداء، **والثانى:** أن يتولى النداء غيره، قال القاضى: يحتمل أن يكون اشتراط تولى غيره للنداء واجبًا ويحتمل أن يكون مستحبًا والأول أشبه بظاهر كلامه، وقال أبو الخطاب: الشرط الثانى: أن يولى من يبيع ويكون هو أحد المشترين، **فإن قيل:** فكيف يجوز له دفعها إلى غيره ليبيعها وهذا توكيل وليس للوكيل

بيعها، وإن كانت للموكل فقد باعها الحـاكم فى إيفاء دين امتنع المدين من وفائه وقد قيل غير ما ذكرنا، وهـذا أقرب إن شاء الله تعالى وإن اشـتراها الوكيل من الحاكم بمـا له على الموكل جاز، لأنه قائم مقام الموكل فى هذا فأشبه ما لو اشترى منه.

فـصل: ولو وكله فى بيع عبد فباعه نسيئة فقال الموكل: ما أذنت فى بيعه إلا نقداً وصدقه الوكيل والمشترى فسد البيع، وله مطالبة من شاء منهما بالعبد إن كان باقيًا، أو بقيمته إن كان تالفًا، فإن أخذ القيمة من الوكيل رجع على المشـترى بها، لأن التلف فى يده فاستقر الضمان عليه، وإن أخذها من المشـترى لم يرجع على أحد، وإن كذباه وادعيا أنه أذن فى البـيع نسيئة فعلى قول القـاضى: يحلف الموكل ويرجع فى العين إن كانت قائمـة، وإن كانت تالفة رجع بقيمتها على من شاء منهمـا، فإن رجع على المشترى رجع على الوكيل بالثمن الذى أخذه منه لا غير لأنه لم يسلم له المبيع، وإن ضمن الوكيل لم يرجع على المشترى فى الحال، لأنه يقر بصحة البيع وتأجيل الثمن، وأن البائع ظلمه بالرجـوع عليه، وأنه إنما يستحق المطالبة بالثمن بعد الأجل، فـإذا حل الأجل رجع الوكيل على المـشترى بأقل الأمـرين من القيمـة أو الثمن المسمى، لأن القيمة إن كانت أقل فما غرم أكثر منها فلا يرجع بأكثر مما غرم، وإن كان الثمن أقل فالوكيل معترف للمشترى أنه لا يسـتحق عليه أكثر منه وأن الموكل ظلمه بأخذ الزائد على الثمن، فـلا يرجع على المشـترى بما ظـلمه به الموكل، وإن كـذبه أحدهمـا دون الآخر فله

التوكيل؟ **قلـنا**: يجوز التوكيل فيما لا يتولى مثله بنفسه والنداء مما لم تجر به العادة أن يتولاه أكثر الناس بنـفوسهم، فإن وكل إنسانًا يشـترى له وباع جاز على هذه الرواية، لأنه امـتثل أمر موكله فى البيع وحصل غرضه من الثمن فجاز كـما لو اشتراها أجنبى، وقال أبو حنيفة: يجوز للوصى الشراء دون الوكـيل، لأن الله تعالى قال: ﴿ **وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلاَّ بِالَّتِى هِىَ أَحْسَنُ** ﴾ (الإسراء: ٣٤) وإذا اشترى مال اليتيم بأكثر من ثمنه فقد قربه بالتى هى أحسن، ولأنه نائب عن الأب وذلك جائز للأب فكذلك نائبه، ووجـه الرواية الأولى أن العرف فى البيع بيع الرجل من غيره فحـملت الوكالة عليه، كما لو صرح به، ولأنه تـلحقه التهمة ويتنافى الغـرضان فى بيعه لنفسه فلم يجز، كما لو نهاه، والوصى كالوكيل لأنه يلى بيـع مال غيره بتوليه فأشبه الوكيل أو متهم فأشبه الوكيل بل التهمة فى الوصى آكـد، لأن الوكيل متهم فى ترك الاستقصاء فى الثمن لا غير، والوصى يتهم فى ذلك وفى أنه يشترى من مال اليـتيم ما لا حظ لليتيم فى بيعه فكان أولى بالمنع، وعند ذلك لا يكون أخذه لماله قربانًا بالتى هى أحسن، وقد روى ابن مسعود أنه قال فى رجل أوصى إلى رجل بتركته وقد ترك قريبًا، فقال الوصى: أشتريه، قال: لا.

فـصل: وحكم الحـاكم وأمينه كحكـم الوكيل، والحكم فى بيع أحـد هؤلاء لوكيله أو لولده الصغير أو طفل يلى عليه أو لوكيله أو عبـد المأذون له كالحكم فى بيعه لنفسه كل ذلك يخرج على روايتين بناء علـى بيعه لنفسه، فأمـا بيعه لولده الكبير أو والده أو مكاتبـه فذكرهم

الرجوع على المصدق بغير بيمين ويحلف على المكذب، ويرجع على حسب ما ذكرنا، هذا إن اعترف المشترى بأن الوكيل وكيل فى البيع، وإن أنكر ذلك وقال: إنما بعتنى ملكك فالقول قوله مع يمينه أنه لا يعلم كونه وكيلاً، ولا يرجع عليه بشىء.

فصل: وإذا قبض الوكيل ثمن المبيع فهو أمانة فى يده، لا يلزمه تسليمه قبل طلبه ولا يضمنه بتأخيره، لأنه رضى بكونه فى يده ولم يرجع عن ذلك، فإن طلبه فأخر رده مع إمكانه فتلف ضمنه، وإن وعده برده ثم ادعى أننى كنت رددته قبل طلبه أو أنه كان تلف لم يقبل قوله لأنه مكذب لنفسه بوعده برده، فإن صدقه الموكل برئ، وإن كذبه فالقول قول الموكل، فإن أقام الوكيل بينة بذلك فهل يقبل على وجهين: **أحدهما:** يقبل، لأنه لو صدقه الموكل برئ، فكذلك إذا قامت له بينة، ولأن البينة إحدى الحجتين فبرئ بها كالإقرار، **والثانى:** لا يقبل، لأنه كذبه بوعده بالدفع، أما إذا صدقه فقد أقر ببراءته فلم يبق له منازع، وإن لم يعده برده لكن منعه أو مطله برده مع إمكانه ثم ادعى التلف أو الرد لم يقبل قوله، لأنه ضامن بالمنع خارج عن حال الأمانة، وإن أقام بما ادعاه من الرد أو التلف بينة سمعت، لأنه لم يكذبها.

فصل: قال أحمد فى رواية أبى الحارث رجل له على آخر دراهم، فبعث إليه رسولاً يقبضها فبعث إليه مع الرسول ديناراً، فضاع مع الرسول؛ فهو من مال الباعث، لأنه لم يأمره بمصارفته: إنما كان من ضمان الباعث، لأنه دفع إلى الرسول غير ما أمره به المرسل، فإن

أصحابنا أيضًا فى جملة ما يخرج على روايتين، ولأصحاب الشافعى فيهم وجهان، وقال أبو حنيفة: يجوز بيعه لولده الكبير، لأنه امتثل أمر موكله ووافق العرف فى بيع غيره كما لو باعه لأخيه، وفارق البيع لوكيله، لأن الشراء إنما يقع لنفسه وكذلك بيع عبد المأذون وبيع طفل يلى عليه بيع لنفسه، لأن الشراء يقع لنفسه، ووجه الجمع بينهم أنه يتهم فى حقهم ويميل إلى ترك الاستقصاء عليهم فى الثمن كتهمته فى حق نفسه، وكذلك لا تقبل شهادته لهم، والحكم فيما إذا أراد أن يشترى لموكله كالحاكم فى بيعه لما له، لأنهما سواء فى المعنى.

فصل: وإن وكل رجلاً يتزوج له امرأة فهل له أن يزوجه ابنته؟ يخرج على ما ذكرنا فى الوكيل فى البيع هل يبيع لولده الكبير؟ وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز، ووجه القولين ما تقدم فيما قبلهما وإن أذنت له موليته فى تزويجها خرج فى تزويجها لنفسه أو ولده أو والده وجهان بناء على ما ذكر فى البيع، وكذلك لو وكله رجل فى تزويج ابنته خرج فيه مثل ذلك.

17- **مسألة: (وهل يجوز أن يبيع لولده أو والده أو مكاتبه؟ على وجهين)** وقد ذكرا فى المسألة قبلها.

فصل: فإن وكله فى بيع عبده ووكله آخر فى شراء عبد، فقياس المذهب جواز شرائه من نفسه، لأنه أذن له فى طرفى العقد فجاز أن يليهما إذا انتفت التهمة كالأب يشترى من مال ولده لنفسه، ولو وكله المتداعيان فى الدعوى عنهما فالقياس جوازه، لأنه يمكنه الدعوى عن

المرسل إنما أمره بقبض ما له فى ذمتـه وهى الدراهم ولم يدفعها، وإنما دفع دينارًا عوضًا عن عشـرة دراهم، وهذا صرف يفـتقر إلى رضى صـاحب الدين وإذنه ولم يأذن، فصـار الرسول وكيـلاً للباعث فى تأديتـه إلى صاحب الدين ومـصارفتـه به، فإذا تلف فى يد وكـيله كان من ضمانه، اللهم إلا أن يخبر الرسول الغريم أن رب الدين أذن له فى قبض الدينار عن الدراهم، فيكون حينئـذ من ضمان الرسول، لأنه غره وأخذ الدينار على أنه وكـيل للمرسل، وإن قبض منه الدراهم التى أمر بقبضـها فضاعت من الرسول فهى من ضـمان صاحب الدين لأنها تلفت من يد وكـيله، وقال أحـمد فى رواية مـهنا فى رجل له عند آخر دنانـير وثياب، فـبعث إلـيه رسولاً، وقال: خـذ دينارًا وثوبًا فأخذ دينارين وثوبين فـضاعت، فالضمـان على الباعث يعنى الذى أعطاه الدينارين والثـوبين ويرجع به على الـرسول، يعنى عليـه ضـمان الدينار والثـوب الزائدين: إنما جعل عليه الضمان لأنه دفعهما إلى من لم يؤمر بدفعهما إليه، ورجع بهما على الرسول لأنه غره وحصل التلف فى يده، فاستقر عليه الضمان، وللموكل تضمين الوكيل، لأنه تعدى بقـبض ما لم يؤمر بقبـضه، فإذا ضمنه لم يرجع على أحـد، لأن التلف حصل فى يده فاستقر الضمان عليه، وقال أحمـد فى رجل وكل وكيلاً فى اقتضاء دينه وغاب فأخذ الوكيل به رهنًا فتلف الرهن فى يد الوكيل فـقال: أساء الوكيل فى أخذ الرهن ولا ضمـان عليه، إنما لم يضمنه لأنه رهن فاسد، والقبض فى العقد الفاسـد كالقبض فى الصحيح، فما كان القبض فى

أحدهما والجواب عن الآخر وإقامة حجة كل واحد منهما، ولأصحاب الشافعى فى المسألتين وجهان.

فصل: فإن أذن للوكيل أن يشترى من نفسه جاز ذلك، وقال أصحاب الشافعى: لا يجوز فى أحد الوجهين، لأنه يجتـمع له فى عقد غرضان: الاسترخاص لنفسه والاسـتقصاء للموكل وهما متضادان فتمانعا.

ولنا: أنه وكله فى التصرف لنفـسه فجاز كما لو وكل المرأة فـى طلاق نفسها، ولأن علة المنع من المـشترى لنفـسه فى مـحل الاتفاق التـهمة لدلالتـها على عـدم رضا المـوكل بهذا التصرف وإخراج هذا التـصرف عن عموم لفظه وإرادته، وقد صرح ههنا بالإذن فـيها فلا ينفى دلالة الحال مع نصه بلفظه على خلافها، وقولهم: إنه يتـضاد مقصوده فى البيع والشراء قلنا: إن عين الموكل له الثمن فاشترى به فقد زال مقصود الاستقصاء، فإنه لا يراد أكثر مما حصل، وإن لم يعين له الثمن يعيـد البيع بثمن المثل كما لو باع الأجنبى، وقد ذكر أصـحابنا فيما إذا وكل عبدًا يشترى له نفـسه من سيده وجهًا أنه لا يجوز ويخرج ههنا مـثله، والصحيح ما قلناه إن شاء الله تعالى.

18- مسألة: (ولا يجوز أن يبيع نَسَاء ولا بغير نقد البلد ويحتمل أن يجوز كالمضارب).

وجـــملة ذلك أن الموكل إذا عـين للوكيل الشراء أو البـيع بنقد معين أو حـالاً لم تجز

صحيحه مضمونًا كان مضمونًا فى فاسده، وما كان غير مضمون فى صحيحه كان غير مضمون فى فاسده، ونقل البغوى عن أحمد فى رجل أعطى آخر دراهم يشترى له بها شاة فخلطها مع دراهمه فضاعا فلا شيء عليه، وإن ضاع أحدهما أيهما ضاع غرمه، قال القاضى: هذا محمول على أنه خلطها بما تميز منها، ويحتمل أنه إن أذن له فى خلطها بما لا تتميز منه بغير إذنه ضمنها كالوديعة، وإنما لزمه الضمان إذا ضاع أحدهما لأنه لا يعلم أن الضائع دراهم الموكل، والأصل بقاؤها، ومعنى الضمان ههنا أنه يحسب الضائع من دراهم نفسه فأما على المحمل الآخر وهو إذا خلطها بما تتميز منه، فإذا ضاعت دراهم الموكل وحدها فلا ضمان عليه، لأنها ضاعت من غير تعدٍّ منه.

٨٤٣- **مسألة:** قال: **(ولو أمره أن يدفع إلى رجل مالاً، فادعى أنه دفعه إليه لم يقبل قوله على الآمر إلا ببينة)**.

وجملته: أن الرجل إذا وكل وكيلاً فى قضاء دينه ودفع إليه مالاً ليدفعه إليه فادعى الوكيل قضاء الدين ودفع المال إلى الغريم، لم يقبل قوله على الغريم إلا ببينة لأنه ليس بأمينه، فلم يقبل قوله عليه فى الدفع إليه، كما لو ادعى الموكل ذلك، فإذا حلف الغريم فله مطالبة الموكل، لأن ذمته لا تبرأ بدفع المال إلى وكيله، فإذا دفعه فهل للموكل الرجوع على وكيله؟ ينظر، فإن ادعى أنه قضى الدين بغير بينة فللموكل الرجوع عليه إذا قضاه فى غيبة الموكل،

مخالفته، لأنه إنما يتصرف بإذنه، ولم يأذن فى غير ذلك، وإن أذن له فى الشراء أو البيع بنسيئة جاز، وإن اطلق لم يبع إلاً حالاً بنقد البلد، لأن الأصل فى البيع الحلول، وإطلاق النقد ينصرف إلى نقد البلد، كما لو باع ما له، فإن كان فى البلد نقدان باع بأغلبهما، فإن تساويا باع بما شاء منهما، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة وصاحباه: له البيع نساء لأنه معتاد فأشبه الحال، ويتخرج لنا مثل ذلك بناء على الرواية فى المضارب والأول أولى، لأنه لو أطلق البيع حمل على الحلول فكذلك إذا أطلق الوكالة، ولا نسلم تساوى العادة فيهما، فإن بيع الحال أكثر، ويفارق المضاربة لوجهين: **أحدهما**: أن المقصود من المضاربة: الربح لا دفع الحاجة بالثمن فى الحال، وقد يكون المقصود فى الوكالة دفع حاجة بأجرة تفوت بتأخير الثمن، **الثانى**: أن استيفاء الثمن فى المضاربة على المضارب فيعود ضرر التأخير فى التقاضى عليه، وههنا بخلافه فلا يرضى به الموكل، ولأن الضرر فى توى الثمن على المضارب، لأنه يحسب من الربح لكون الربح وقاية لرأس المال وههنا يعود على الموكل فانقطع الإلحاق.

19- **مسألة: (وإن باع بدون ثمن مما قدره له صح وضمن النقص)**.

وجملة ذلك أن الوكيل ليس له أن يبيع بدون ثمن المثل أو دون ما قدره له، وبهذا قال الشافعى وأبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: إذا أطلق الوكالة فى البيع فله البيع بأى ثمن كان، لأن لفظه فى الإذن مطلق فيجب حمله على إطلاقه.

قال القاضى: سواء صدقه أنه قضى الحق أو كذبه، وهذا قول الشافعى، لأنه أذن له فى قضاء يبرئه ولم يوجـد، وعن أحمد رواية أخـرى: لا يرجع عليه بشىء إلا أن يكون أمره بالإشـهاد فلم يفعل، فـعلى هذه الرواية: إن صدقـه الوكيل فى الدفع لم يرجع عليـه بشىء، وإن كذبه فالقول قول الوكـيل مع يمينه، وهذا قول أبى حنيفة ووجه لأصحـاب الشافعى لأنه ادعى فعل ما أمر به موكله، فكان القول قوله، كمـا لو أمره ببيع ثوبه فادعى أنه باعه، ووجه الأول: أنه مفرط بترك الإشهاد فضـمن، كما لو فرط فى البيع بدون ثمن المثل، **فـإن قـيل**: فلم يأمـره بالإشـهاد **قلـنا**: إطلاق الأمر بالقضاء يقتضى ذلك، لأنه لا يثبت إلا به فـيصير كأمره بالبيع، والشراء يقتضى ذلك العرف لا العموم، كذا هـهـنا وقياس القول الآخر: يمكن القول بموجبه وأن قوله مقبول فى القضاء لكن لزمه الضـمان لتفريطه لا لرد قوله، وعلى هذا لو كان القضاء بحضـرة الموكل لم يضمن الوكـيل شيئًـا، لأن تركه الإشهاد والاحـتياط رضى منه بمـا فعل وكيله، وكـذلك لو أذن له فى القضاء بغـير إشهاد فـلا ضمان على الوكيل، لأن صـريح قوله يقدم على ما تقـتضيه دلالة الحال، وكذلك إن أشـهد على القضاء عدولاً فمـاتوا أو غابوا فلا ضمـان عليه لعدم تفريطه، وإن أشـهد من يختلف فى ثبـوت الحق بشهادته كشـاهد واحد أو رجلاً وامرأتين فهى يبرأ من الضمان؟ يخرج على روايتين، وإن اختلف الوكيل والموكل فقال:

ولنا: أنه وكيل مطلق فى عقد مـعاوضة فاقتضى ثمن المثل، كالشـراء فإنه قد وافق عليه وبه ينتقض دليله، فإن باع بأقل من ثمن المثل ممـا لا يتغابن الناس بمثله أو بدون ما قدره له فحكمـه حكم من لم يأذن له فى البيع، وعن أحمـد البيع صحيح، ويضـمن الوكيل النقص، لأن من صح بيـعه بثمن المـثل صح بدونه كالمـريض، فعلى هذه الرواية يكون علـى الوكيل ضمان النقص وفى قدره وجهان: **أحدهما**: ما بين ثمن المال وما باعه به، **والثانى**: ما بين ما يتغابن الناس بمـثله وما لا يتغابنون، لأن ما يـتغابن الناس به يصح بيعه به ولا ضـمان عليه، والأول أقيس، لأنه بيع غير مـأذون فيه أشبه بيع الأجنبى وكل تصرف كان الوكيل فـيه مخالفًا لموكله فحكمه فيـه حكم تصرف الأجنبى على ما ذكرنا فى موضعه، فأمـا ما يتغابن الناس به عادة وهو درهم فى عشرة فمعفو عـنه إذا لم يكن الموكل قدر الثمن، لأن ما يتغابن الناس به بعد ثمن المثل ولا يمكن التحرز منه.

فـــصل: ولو حضـر من يزيد على ثمن المـثل لم يجز أن يـبيع بثمن المثـل، لأن عليه الاحتيـاط وطلب الحظ لموكله، فإن باع بثمن المثل فحضر من يزيد فى مدة الخيار لم يلزمه فسخ العـقد، لأن الزيادة منهى عنهـا فلا يلزم الرجوع إليـها، ولأن المزايد قـد لا يثبت على الزيادة فلا يلزم الفسخ بالشك ويحتمل أن يلزمه ذلك لأنها زيادة أمـكن تحصيلها أشبه ما قبل البيع، والنـهى يتوجه إلى الذى زاد لا إلى الوكـيل، فأشـبه ما إذا زاد قـبل البيع بعـد الاتفاق عليه.

قضيت الدين بحـضرتك، قال: بل فى غيبـتى، أو قال: أذنت لى فى قضائه بغـير بينة فأنكر الإذن، أو قال: أشهدت على القـضاء شهودًا فماتوا فأنكر الموكل، فـالقول قول الموكل لأن الأصل معه.

فـصل: وإن وكله فى إيداع ماله فأودعـه ولم يشهد، فقال أصـحابنا: لا يضمن إذا أنكر المـــودع، وكلام الخرقى بعمـومه يقتضى أن لا يقبل قوله على الآمـر، وهو أحد الوجهين لأصحـاب الشافعى، لأن الوديعـة لا تثبت إلا بالبينة فـهى كالدين، وقال أصـحابنا: لا يصح القياس على الدين، لأن قول المـودع يقبل فى الرد والهلاك فلا فائدة فى الاستـيثاق، بخلاف الدين، فإن قـال الوكيل: دفعت الـمال إلى المودع فـقال: لم تدفعـه، فالقول قـول الوكيل، لأنهما اختلفا فى تصرفه، وفيما وكل فيه.، فكان القول قوله فيه.

فصل: وإذا كان على رجل دين وعنده وديعة فجاءه إنسان فادعى أنه وكيل صاحب الدين والوديعة فى قبضهما وأقام بذلك بيـنة وجب الدفع إليه، وإن لم يقم بينة لم يلزمه دفعها إليه، سواء صدقه فى أنه وكيله أو كذبه، وبهذا قال الشـافعى، وقال أبو حنيفة: إن صدقه لزمه وفاء الدين، وفى دفع العـين إليه روايتان: أشـهرهمـا: لا يجب تسليمـها واحتج بأنه أقـر له بحق الاستيفاء، فلزمه إيفاؤه كما لو أقر له أنه وارثه.

20- **مـسـألة: (وإن باع بأكثـر من ثمن المثل صح سواء كـانت الزيادة من جنس الثمن الذى أمر به أو لم تكن هى)**.

إذا وكله فى بيع شىء معين فباعه بأكثر منه صح، قلت الزيادة أو كثرت وكذلك إن أطلق فبـاعه بأكثر من ثمن المـثل، لأنه باع بالمأذون فيـه وزاد زيادة تنفعه ولا تضره وسـواء كانت الزيادة من جنس الثمن المأمور به أو من غير جنسه كـمن أذن فى البيع بمائة درهم فباعه بمائة درهم ودينار أو ثوب، وقال أصحاب الشافعى: لا يصح بيـعه بمائة وثوب فى أحد الوجهين، لأنه من غير جنس الأثمان.

ولنا: أنها زيادة تنفعـه ولا تضره أشبه ما لو باعه بمائة ودينـار، ولأن الإذن فى بيعه بمائة إذن فى بيعه بزيادة عليها عرفًا، لأن من رضى بمـائة لا يكره أن يزاد عليها ما ينفعه ولا يضره ويصير كما لو وكله فى الشراء فاشترى بدون ثمن المثل أو دون ما قدر له.

21- **مسألة: (وإن قال: بعه بدرهم فباعه بدينار صح فى أحد الوجهين)**.

لأنه مأذون فيـه عرفًا، فإن من رضى بدرهم رضى مكانه دينارًا فـجرى مجرى بيـعه بمائة درهم ودينار على ما ذكرنا فى المسألة قبلهـا، وقال القاضى: لا يصح وهو مذهب الشافعى، لأنه خالف مـوكله فى الجنس أشبه مـا لو باعه بثوب يسـاوى دينارًا، فأما إن قال: بعـه بمائة درهم فباعه بمائة ثوب قيمتهـا أكثر من الدراهم أو بثمانين درهمًا وعشرين ثوبًا لم يصح، وهو مذهب الشافعى، لأنها من غير الأثمان، ولأنه لم يؤذن فيه لفظًا ولا عرفًا بخلاف بيعه بدينار.

ولنا: أنه تسليم لا يبرئه، فـلا يجب كما لو كان الحق عينًا، وكـما لو أقر بأن هذا وصى الصغيـر، وفارق الإقرار بكونه وارثه، لأنه يتضـمن براءته فإنه أقر بأنه لا حق لسـواه، فأما إن أنكر وكـالته لم يستـحلف، وقال أبو حـنيفة: يسـتحلف، ومـبنى الخلاف على الـخلاف فى وجوب الدفع مع التصديق، فمن أوجب عليه الدفع مـع التصديق ألزمه اليمين عند التكذيب، كسائر الحقـوق، ومن لـم يوجب عليه الدفع مع التصديق قال: لا يلزمـه اليمين عند التكذيب لعدم فـائدتها، فإن دفع إليـه مع التصديق أو مع عـدمه فحـضر الموكل وصـدق الوكيل برئ الدافع، وإن كذبه فـالقول قوله مع يمـينه، فإذا حلف وكان الـحق عينًا قائمـة فى الوكيل فله أخذها وله مطالبة من شاء بردها، لأن الدافع دفـعها إلى غير مستحقـها والوكيل عين ماله فى يده، فإن طالب الدافع فللدافع مطالبة الوكيل بها وأخذها من يده ليـسلمها إلى صاحبها، وإن تلفت العين أو تعذر ردهـا فلصاحبها الرجوع بـبدلها على من شاء منهمـا، لأن الدافع ضمنها بالدفع والمدفوع إليه قبض ما لا يستحق قـبضه، وأيهما ضمن لم يرجع على الآخر، لأن كل واحد منهمـا يدعى أن ما يأخذه المالك ظلم، ويقـر بأنه لم يوجد من صاحبـه تعد فلا يرجع على صاحبه بظلم غيره، إلا أن يكون الدافع دفعها إلى الوكـيل من غير تصديقه فيما ادعاه من الوكالة، فإن ضمن رجع على الوكيل لكونه لم يقر بوكـالته ولا ثبتت ببينة، وإن ضمن الوكيل لم يرجع عليه، وإن صدقه لكن الوكـيل تعدى فيها أو فرض استقر الضـمان عليه، فإن ضمن

فـصل: فإن وكله فى بيع عبد بمائة فباع بعضـه بها أو وكله مطلقًا فباع بعضه بثمن الكل جاز، لأنه مأذون فيه عرفًا، فإن من رضى بمائة ثمنًا للكل رضى بها ثمنًا للبعض ولأنه حصل له المائة وأبقى له زيادة تنفعه ولا تضره وله بيع النصف الآخر، لأنه مأذون فيه فأشبه ما لو باع العبد كل بزيادة على ثمنه، ويحتمل أن لا يجوز، لأنه قد حصل للموكل غرضه من الثمن ببيع البعض فربما لا يختار بيع باقيه للغنى عن بيعه بما حصل له من ثمن البعض، وهكذا لو وكله فى بيع عبدين بمائة فـباع أحدهما بها يصح لما ذكرنا، وهل له بيع الآخر؟ عـلى وجهين فأما إن وكله فى بيع عبده بمائة فباع بعضـه بأقل منها أو وكله مطلقًا فباع بعضه بدون ثمن الكل لم يصح، وبه قال الشافعى وأبو يوسف ومـحمد، وقال أبو حنيفة: يجوز فـيما إذا أطلق الوكالة بناء على أصله فى أن للوكيل المطلق البيع بما شاء.

ولنا أن على الموكل ضرراً فى تبعضه ولم يوجد الإذن فيه نطقًا ولا عرفًا فلم يجز كما لو وكله فى شراء عبد فاشترى بعضه.

22- مـسـألة: (فإن قال بعه بألف نَسَـاء فباعه بألف حالة صح إن كان لا يسـتضر بحفظ الثمن فى الحال).

إذا وكله فى بيع سلعة نسـيئة فبـاعها نقدًا بدون ثمنها نـسيئة أو بدون ما عـينه له لم ينفذ بيعه، لأنه خالف موكله لكونه إنما رضى بثمن النسيـئة دون النقد، وإن باعها نقدًا بمثل ثمنها

لم يرجع على أحد، وإن ضمن الدافع رجع عليه، لأنه وإن كان يقر أنه قبضه قبضًا صحيحًا لكن لزمه الضمان بتفريطه وتعديه، فالدافع يقول: ظلمنى المالك بالرجوع على، وله على الوكيل حق يعترف به الوكيل فيأخذه يستوفى حقه منه، فأما إن كان المدفوع دينًا لم يرجع إلا على الدافع وحده، لأن حقه فى ذمة الدافع لم يبرأ منه بتسليمه إلى غير وكيل صاحب الحق، والذى أخذه الوكيل عين مال الدافع فى زعم صاحب الحق والوكيل والدافع يزعمان أنه صار ملكًا لصاحب الحق، وأنه ظالم للدافع بالأخذ منه، فيرجع الدافع فيما أخذ منه الوكيل، ويكون قصاصًا مما أخذه منه صاحب الحق، وإن كان قد تلف فى يد الوكيل لم يرجع عليه بشىء لأنه مقر بأنه أمين لا ضمان عليه إلا أن يتلف بتعديه وتفريطه ويرجع عليه.

فصل: فإن جاء رجل فقال: أنا وارث صاحب الحق، فإن أنكره لزمته اليمين أنه لا يعلم صحة ما قال، لأن اليمين ههنا على نفى فعل الغير فكانت على نفى العلم، لأنه لو صدقه لزمه الدفع إليه، فلما لزمه الدفع مع الإقرار لزمته مع الإنكار، وإن صدقه فى أنه وارث صاحب الحق لا وارث له سواه لزمه الدفع إليه بغير خلاف نعلمه، لأنه مقر له بالحق وأنه يبرأ بهذا الدفع فلزمه، كما لو جاء صاحب الحق، فأما إن جاء رجل فقال: قد أحالنى عليك صاحب الحق فصدقه ففهى وجهان: **أحدهما:** لا يلزمه الدفع إليه، لأن الدفع إليه غير مبرئ، ولاحتمال أن يجىء المحيل فينكر الحوالة أو يضمنه، فأشبه المدعى للوكالة، **والثانى:** يلزمه

نسيئة أو بما عينه من الثمن، فقال القاضى: يصح، لأنه زاده خيرًا فهو كما لو وكله فى بيعها بعشرة فباعها بأكثر من ثمنها، والأولى أن ينظر له فيه فإن لم يكن له غرض فى النسيئة صح لما ذكرنا، وإن كان له فيها غرض مثل أن يستضر بحفظ الثمن فى الحال أو يخاف عليه من التلف أو المتغلبين أو يتغير عن حاله إلى وقت الحلول أو نحو ذلك فهو كمن لم يؤذن له، لأن حكم الإذن لا يتناول المسكوت عنه إلاَّ إذا علم أنه فى المصلحة كالمنطوق أو أكثر فيكون الحكم فيه ثابتًا بطريق التنبيه أو المماثلة، ومتى كان فى المنطوق به غرض صحيح لم يجز تفويته ولا ثبوت الحكم فى غيره.

23- مسألة: (وإن وكله فى الشراء فاشترى بأكثر من ثمن المثل أو بأكثر مما قدره له أما إذا وكله فى الشراء فاشترى بأكثر من ثمن المثل مما لا يتغابن الناس بمثله).

فصل: فإن وكله فى بيع عبيد أو شرائهم ملك العقد عليهم جملة واحدة وواحدًا واحدًا، لأن الإذن يتناول العقد عليهم جملة والعرف فى بيعهم وشرائهم العقد على واحد واحد، ولا ضرر فى جمعهم ولا إفرادهم بخلاف ما لو وكله فى شراء عبد فاشترى بعضه، فإنه لا يصح لأنه يفضى إلى التشقيص وفيه إضرار بالموكل، فإن قال: اشتر لى عبيدًا صفقة واحدة أو واحدًا واحدًا أو بعهم لى لم يجز مخالفته، لأن تنصيصه على ذلك يدل على غرضه فيه فلم يتناول إذنه سواه، وإن قال اشتر لى عبدين صفقة فاشترى عبدين لاثنين شركة بينهما من

الدفع إليـه، لأنه معتـرف بأن الحق له لا لغيـره، فأشبـه الوارث، فإن قلنا: يلزمـه الدفع مع الإقرارا لزمـته اليـمين مع الإنكـار، وإن قلنا: لا يلزمه الدفع مع الإقـرار لم تلزمه اليـمن مع الإنكار لعدم الفائدة فيها، ومثل هذا مذهب الشافعى.

فـــصل: ومن طلب منه حق فامـتنع من دفعه حتى يشـهد القابض على نفسـه بالقبض نظرت، فإن كان الحق عليه بغير بينة لم يلزمـه القاضى بالإشهاد لأنه لا ضرر عليه فى ذلك، فإنه متى ادعى الحق على الدافـع بعد ذلك قال لا يستحق على شىء والقـول قوله مع يمينه، وإن كان الحق ثبت ببينة، وكان من عليه الحق يقبل قوله فى الرد كالمودع والوكيل بغير جعل فكذلك، لأنه مـتى ادعى عليه حق أو قـامت به بينة فالقـول قوله فى الرد، وإن كـان ممن لا يقبل قوله فى الرد أو يختلف فى قبول قوله كالغاصـب والمستعير والمرتهن لم يلزمه تسليم ما قبله إلا بالإشهاد لئلا ينكر القابض القبض، ولا يقبل قول الدافع فى الرد، وإن قال لا يستحق علىَّ شيئًا قـامت عليه البينة أو إذا أشهد على نفسه بالقبض لم يـلزمه تسليم الوثيقة بالحق إلى من عليه الحـق، لأن بينة القبض تسقط البـينة الأولى والكتاب ملكه، فـلا يلزمه تسليـمه إلى غيره.

٨٤٤- **مسألة:** قال: **(وشراء الوكيل من نفسه غير جائز وكذلك الوصى)**.

وجملة ذلك: أن من وكل فى بيع شىء لم يجز له أن يشتريه من نفسه فى إحدى الروايتين

وكيليهما أو من أحدهما بإذن الآخر جاز، وإن كان لكل واحد عبد منفرد فاشترى من المالكين بأن أوجبا لـه البيع فيهـما وقبل ذلك منهمـا بلفظ واحد فقال القـاضى: لا يلزم الموكل وهو مذهب الشـافعى، لأن عقـد الواحد مع الاثنين عـقدان، ويحتـمل أن يلزمه، لأن القـبول هو الشراء، وهو مـتحد والغرض لا يخـتلف، وإن اشتراهما من وكـيليهما وعـين ثمن كل واحد منهما مثل أن يقول: بعـتك هذين العبدين هذا بمائة وهذا بثمانين فقـال: قبلت، احتمل أيضًا وجهـين، وإن لم يعين الثمن لكل واحـد لم يصح البيع لجهـالة الثمن، وفيـه وجه أنه يصح ويقسط الثمن على قدر قيمتهما، وقد ذكر ذلك فى تفريق الصفقة.

24- **مسألة:** **(وإن وكل فى شراء شىء نقدًا بثمن معين فاشتراه به مؤجلاً صح)**.

ذكره القاضى، لأنه زاده خيرًا فأشبه ما لو وكله فى الشراء بمائة فاشترى بدونها، ويحتمل أن ينظر فى ذلك، فإن كـان فيه ضرر نحـو أن يستضر ببقـاء الثمن معه ونحـو ذلك لم يجز، وأصحاب الشافعى فى صحة الشراء وجهان.

25- **مسألة:** **(وإن قال: اشتر لى شاة بدينار فاشترى له شاتين تساوى إحداهما دينارًا أو اشترى له شاة تساوى دينارًا بأقل منه صح وإلا لم يصح)**.

وجملة ذلك أنه إذا وكله فى شراء شاة بدينار فاشترى شاتين تساوى كل واحدة منهما أقل من دينار لم يقع للموكل، وإن كانت كل واحدة منهمـا تساوى دينارًا أو إحداهما تساوى دينارًا

نقلها مهنا، وهو مذهب الشافعى وأصحاب الرأى، وكذلك الوصى لا يجوز أن يشترى من مال اليتيم شيئًا لنفسه فى إحدى الروايتين، وهو مذهب الشافعى، وحكى عن مالك والأوزاعى جواز ذلك فيهما، **والرواية الثانية:** عن أحمد يجوز لهما أن يشتريا بشرطين: **أحدهما:** أن يزيدا على مبلغ ثمنه فى النداء، **والثانى:** أن يتولى النداء غيره، قال القاضى: يحتمل أن يكون اشتراط تولى غيره النداء واجبًا، ويحتمل أن يكون مستحبًا، والأول أشبه بظاهر كلامه، وقال أبو الخطاب: الشرط الثانى، أن يولى من يبيع ويكون هو أحد المشترين.

فإن قيل: فكيف يجوز له دفعها إلى غيره ليبيعها وهذا توكيل وليس للوكيل التوكيل؟ **قلنا:** يجوز التوكيل فيما لا يتولى مثله بنفسه والنداء مما لم تجر العادة أن يتولاه أكثر الناس بنفوسهم، وإن وكل إنسانًا يشترى له وباعه هو جاز على هذه الرواية، لأنه امتثل أمر موكله فى البيع وحصل غرضه من الثمن، فجاز كما لو اشتراها أجنبى، وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: يجوز للوصى الشراء دون الوكيل، لأن الله تعالى قال: ﴿**وَلاَ تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلاَّ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ**﴾ (الإسراء: ٣٤) وإذا اشترى مال اليتيم بأكثر من ثمن مثله فقد قربه بالتى هى أحسن، ولأنه نائب عن الأب، وذلك جائز للأب فكذلك لنائبه، ووجه الرواية الأولى: أن العرف فى البيع بيع الرجل من غيره فحملت الوكالة عليه كما لو صرح به فقال: بعه غيرك، ولأنه تلحقه التهمة ويتنافى الغرضان فى بيعه نفسه فلم يجز، كما لو نهاه، والوصى كالوكيل لا يلى بيع مال

والأخرى أقل منه صح ولزم الموكل، وهذا المشهور من مذهب الشافعى، وقال أبو حنيفة: يقع للموكل إحدى الشاتين بنصف دينار والأخرى للوكيل، لأنه لم يرض بإلزامه عهدة شاة واحدة.

ولنا: أن النبى ﷺ أعطى عروة بن الجعد البارقى دينارًا فقال: «اشتر لنا به شاة» قال: فأتيت الجلب فاشتريت شاتين بدينار فجئت أسوقهما أو أقودهما فلقينى رجل فى الطريق فساومنى فبعت منه شاة بدينار فأتيت النبى ﷺ بالدينار وبالشاة فقلت: يا رسول الله هذا ديناركم وهذه شاتكم فقال: «وصنعت كيف؟» فحدثته الحديث فقال: «اللهم بارك له فى صفقة يمينه» (6) ولأنه حصل المأذون فيه وزيادة من جنسه تنفع ولا تضر فوقع ذلك له كما لو قال: بعه بدينار فباعه بدينارين وما ذكروه يبطل بالبيع، فإن باع الوكيل إحدى الشاتين بغير أمر الموكل ففيه وجهان: **أحدهما:** لا يصح، لأنه باع مال موكله بغير إذنه فلم يجز كبيع الشاتين، **والثانى:** إن كانت الباقية تساوى دينارًا جاز لحديث عروة، ولأنه حصل له المأذون وزيادة من جنسه تنفع ولا تضر فوقع ذلك له، كما لو قال له بعه بدينار فباعه بدينار وما ذكره يبطل بالبيع، فإن باع الوكيل إحدى الشاتين بغير أمر الموكل ففيه وجهان: **أحدهما:** البيع باطل، لأنه باع مال موكله بغير أمره فلم يجز كبيع الشاتين، **والثانى:** إن كانت الباقية تساوى

---

(6) أخرجه ابن ماجه (٢٤٠٢) وأبو داود (٣٣٨٤) والترمذى (١٢٥٨) وأحمد فى مسنده (٤/ ٣٧٦).

غيره بتوليه، فأشبه الوكيل أو متـهم، فأشبه الوكيل بل التهمة فى الوصى آكد من الوكيل، لأن الوكيل يتهم فى ترك الاستقصاء فى الثمن لا غير، والوصى يتـهم فى ذلك، وفى أنه يشترى من مال اليـتيم ما لاحظ لليتـيم فى بيعه، فكان أولى بالمنع، وعند ذلك لا يكون أخـذه لماله قربًا له بالتى هى أحسن، وقـد روى عن ابن مسعود أنه قال فى رجل أوصى إلى رجل بتـركته وقد ترك فرسًا فقال الوصى: اشتره؟ قال: لا.

فـصل: والحكم فى الحاكم وأمينـه كالحكم فى الوكيل، والحكم فى بيع أحـد هؤلاء لوكيله أو ولده الصغير أو الطفل يلى عليه أو لوكيله أو عـبده المأذون كالحكم فى بيعه لنفسه، كل ذلك يخرج على روايتـين بناء على بيعه لنفســه، أما بيعه لولده الكبيـر أو والده أو مكاتبه فذكرهم أصحابنا أيضًـا فى جملة ما يخرج على روايتين، ولأصحاب الشافـعى فيهم وجهان، وقال أبو حنيفـة: يجوز بيعه لولده الكبيـر، لأنه امتثل أر موكله ووافق العـرف فى بيع غيره، فصح كما لو باعه لأخيه، وفارق البيع لوكـيله، لأن الشراء إنما يقلع لنفسه، وكذلك بيع عبده المأذون وبيـع طفل يلى عليه لنفـسه، لأنه هو المـشترى له ووجـه الجمع بينهم أنه يـتهم فى حقهم، ويميل إلى ترك الاستـقصاء عليهم فى الثمن، كتهمتـه فى حق نفسه، وكذلك لا تقبل شهادته، والحكم فيما أراد أن يشترى لموكله كالحكم فى بيعه لماله لأنهما سواء فى المعنى.

فـصل: وإن وكل رجلاً يتزوج له امرأة، فهل له أن يزوجه ابنته؟ يخرج على ما ذكرنا فى الوكيل فى البيع، هل يبيع لولده؟ وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز، ووجه القولين ما تقدم فى التى قبلها، وإن أذنت له وليته فى تزويجها لنفسه أو لولده(١١) وجهان، بناء على ما ذكره فى البيع وكذلك إن وكله رجل فى تزويج ابنته خرج فيه مثل ذلك.

دينارًا جاز لحديث عروة البـارقى، ولأنه حصل له المقصود والزيادة لو كانت غـير الشاة جاز فجـاز له إبدالها بغيـرها وهذا ظاهر كلام أحمـد، ولأنه أخذ بحديث عـروة وذهب إليه، وإذا قلنا: لا يجوز له بيع الشاة فـباعها فهل يبطل البيـع أو يصح ويقف على إجازة الموكل؟ على روايتين وهذا أصل لكل تصرف فى ملك الغير بغيـر إذنه ووكيل خالف موكله، فيه الروايتان، وللشافعى فى صحة البيع ههنا وجهان.

فـصل: وإذا وكله فى شراء عبد معين بمـائة فاشتراه بما دونها صح، ولزم المـوكل لأنه مأذون فيه عرفًا، وإن قال لا تشتره بدون المائة فخالفه لم يجز، لأنه خالف نصه وصريح قوله مقدم علـى دلالة العرف، وإن قال: اشتره بـمائة ولا تشتره بخـمسين جاز له شـراؤه بما فوق الخمـسين، لأن إذنه فى الشراء بمـائة يدل عرفًا عـلى الشراء بما دونهـا خرج منه الخمـسون بصريح النهى بقى فيما فـوقها على مقتضى الإذن، فإن اشتراه بمـا دون الخمسين جاز **فـــى إحدى الوجـهين** لذلك، ولأنه لم يخالف صريح نهيه أشبه ما زاد عليها، **والثـانى**: لا يجوز

---

(١١) فى النسخة المطبوعة: «ولده أو والده».

فصل: وإن وكله رجل فى بيع عبده ووكله آخر فى شراء عبد، فقياس المذهب: أنه يجوز له أن يشتريه له من نفسه، لأنه أذن له فى طرفى العقد، فجاز له أن يليهما إذا كان غير متهم، كالأب يشترى من مال ولده لنفسه، ولو وكله المتداعيان فى الدعوى عنهما فالقياس جوازه، لأنه تمكنه الدعوى عن أحدهما، والجواب عن الآخر، وإقامة حجة كل واحد منهما، ولأصحاب الشافعى فى المسألة(١٢) وجهان.

فصل: وإذا أذن للوكيل أن يشترى من نفسه جاز له ذلك، وقال أصحاب الشافعى فى أحد الوجهين: لا يجوز لأنه يجتمع له فى عقده غرضان الاسترخاص لنفسه والاستقصاء للموكل، وهما متضادان فتمانعا.

ولنا: أنه وكل فى التصرف لنفسه فجاز، كما لو وكل المرأة فى طلاق نفسها، ولأن علة المنع هى من المشترى لنفسه فى محل لاتفاق التهمة لدلالتها على عدم رضى الموكل بهذا التصرف وإخراج هذا التصرف عن عموم لفظه وإذنه، وقد صرح ههنا بالإذن فيها، فلا تبقى دلالة الحال مع نصفه بلفظه على خلافه، وقولهم: إنه يتضاد مقصوده فى البيع والشراء، قلنا: إن عين الموكل له الثمن فاشترى به فقد زال مقصود الاستقصاء، وأنه لا يراد أكثر مما قد حصل، وإن لم يعين له الثمن تقيد البيع بثمن المثل كما لو باع الأجنبى(١٣)، وقد ذكر أصحابنا فيما إذا وكل عبدًا يشترى له نفسه من سيده وجهًا: أنه لا يجوز، فيخرج ههنا مثله، والصحيح ما قلنا إن شاء الله تعالى.

فصل: إذا وكل عبدًا يشترى نفسه من سيده أو يشترى منه عبدًا آخر ففعل صح، وبه قال أبو حنيفة وبعض الشافعية، وقال بعضهم: لا يجوز، لأن يد العبد كيد سيده، فأشبه ما لو وكله فى الشراء من نفسه، وهذا يحكم للإنسان بما فى يد عبده، وذكر أصحابنا وجهًا كذلك.

لأنه نهاه عن الخمسين استقلالاً لها فكان تنبيهًا على النهى عما دونها، كما أن الإذن فى الشراء بمائة إذن فيما دونها فجرى مجرى صريح نهيه، فإن تنبيه الكلام كنصه، فإن قال: اشتره بمائة دينار فاشتراه بمائة درهم فالحكم فيه كما لو قال: بعه بدرهم فباعه بدينار على ما مضى، وإن قال: اشتر لى نصفه بمائة فاشتراه كله أو أكثر ممن نصفه بمائة جاز، لأنه مأذون فيه عرفًا، وإن قال: اشتر لى نصفه بمائة ولا تشتره جميعه فاشترى أكثر من النصف وأقل من الكل بمائة صح فى قياس المسألة التى قبلها لكون دلالة العرف قاضية بالإذن فى شراء كل ما زاد على النصف خرج الجميع بصريح نهيه، ففيما عداه يبقى على مقتضى الإذن.

فصل: وإن وكله فى شراء عبد موصوف بمائة فاشتراه على الصفة بدونها جاز، لأنه مأذون فيه عرفًا، وإن خالف فى الصفة أو اشتراه بأكثر منها لم يلزم الموكل وإن قال اشتر لى عبدًا بمائة فاشترى عبدًا يساوى مائة بدونها جاز، لأنه لو اشتراه بمائة جاز، فإذا اشتراه بدونها

---

(١٢) فى المطبوعة: «المسألتين».
(١٣) فى المطبوعة: «لأجنبى».

ولنا: أنه يجوز أن يشترى عبدًا من غير مـولاه، فجاز أن يشتريه من مولاه كالأجنبى وإذا جاز أن يشترى غيره جاز أن يشترى نفسه، كما أن المرأة لما جاز توكيلها فى طلاق غيرها جاز فى طلاق نفسها، والوجـه الذى ذكره أصحابنا لا يصح، لأن أكثر ما يقـدر هـٰهنا جعل توكيل العبد كتـوكيل سيده وقد ذكرنا صحـة توكيل السيد فى الشراء والبيع من نفـسه، فهـٰهنا أولى، فعلى هذا إذا قال العبد: اشتريت نفسى لزيد، فصدقه سيده وزيد صح، ولزم زيدًا الثمن، وإن قال السيد: ما اشتريت نفسك إلا لنفسك عتق العبد بقوله وإقراره على نفسه بما يعتق به ويلزم العبد الثـمن فى ذمته لسيـده، لأن زيدًا لا يلزمه الثمن لعدم حـصول العبد له وكـون سيده لا يدعيـه عليه، فلزم العبد، لأن الظاهـر ممن باشر العقـد أنه له، وإن صدقه السيـد وكذبه زيد نظرت فى تكذيبه، فإن كذبه فى الوكالة حلف وبرئ، وللسيد فسخ البيع واسترجاع عبده لتعذر ثمنه، وإن صدقـه فى الوكالة وكذبه فى أنك مـا اشتريت نفـسك لى، فالقول قول العـبد لأن الوكيل يقبل قوله فى التصرف المأذون فيه.

فـصل: وإن وكل عبدًا فى إعتاق نفسـه أو امرأته فى طلاق نفسها صح، وإن وكل العبد فى إعتـاق عبـيده والمرأة فى طلاق نـسائه، لم يملك العـبد إعتـاق نفســه، ولا المرأة طلاق نفســها، لأن ذلك ينصرف بإطلاقه إلى الـتصرف فى غيـره ويحتمل أن لهمـا ذلك، أخذًا من عموم لفظه كما يجوز للوكيل فى البيع، الـبيع من نفسه، فى إحدى الروايتين وإن وكل غريمًا له فى إبراء نفسـه صح، لأنه وكله فى إسقاط حق عن نفـسه، فأشبـه توكيل العبد فى إعـتاق نفسه، وإن وكله فى إبراء غـرمائه لم يكن له أن يبرئ نفسه كما لو وكلـه فى حبس غرمائه لم

فقد زاده خيرًا فـيجوز، وإن كان لا يساوى مائة لم يجز، وإن ساوى أكثـر مما اشتراه به، لأنه خالف أمره ولم يحصل غرضه.

26- **مـسـألة: (وليس له شراء معيب، فإن وجد بما اشتراه عـيبًا فله رده)** إذا وكلـه فى شراء سلعة مـوصوفة لم يجز أن يشترى بهـا إلاَّ سليمة من العيوب، لأن إطلاق البـيع يقتضى السلامـة، ولذلك جاز له الرد بالعيب، فـإن اشترى مـعيبًـا يعلم عيبـه لم يلزم الموكل، لأنه اشترى له مـا لم يأذن فيه، وإن لم يعلم صح البـيع، لأنه إنما يلزمه شراء صـحيح فى الظاهر لعجزه عن التـحرز عن شراء معـيب لا يعلم عيبه، فـإذا علم عيبه ملك رده، لأنه قـائم مقام الموكل، وللموكل رده أيضًـا، لأنه ملكه، فإن حضر قبل رد الوكـيل ورضى بالعيب لم يكن للوكيل رده، لأن الحق له بخلاف المضارب فـإن له الرد وإن رضى رب المال فإن له حقًا فلا يسقط بـرضاء غيـره، وإن لم يحضـر فأراد الوكيل الرد فـقال له البـائع: توقف حتى يحـضر الموكل فربما رضى بالعيب لم يلزمه ذلك، لأنه لا يأمن فوات الرد بهرب البائع وفوات الثمن بتلفه فإن أخره بناء على هذا القـول فلم يرض به الموكل فله الرد، وإن قلنا: الرد على الفور، لأنه أخره بإذن البائع فيه، وإن رضى الموكل سقط الرد.

يملك حبس نفسه ولو وكله فى خصومتهم لم يكن وكيلاً فى خصومة نفسه، ويحتمل أن يملك إبراء نفسه لما ذكرنا من قبل، وإن وكل المضمون عنه فى إبراء الضامن فأبراه صح، ولا يبرأ المضمون عنه، وإن وكل الضامن فى إبراء المضون عنه، أو الكفيل فى إبراء المكفول عنه فأبرأه صح وبرئ الوكيل ببرائته، لأنه يصح فرع عليه فإذا برئ الأصل برئ الفرع ببراءته.

فصل: وإن وكله فى إخراج صدقة على المساكين وهو مسكين، أو أوصى إليه بتفريق ثلثه على قوم وهو منهم، أو دفع إليه مالاً وأمره بتفريقه على من يريد، أو دفعه إلى من شاء، فالمنصوص عن أحمد أنه لا يجوز له أن يأخذ منه شيئًا، فإن أحمد قال: إذا كان فى يده مال للمساكين وأبواب البر وهو محتاج فلا يأكل منه شيئًا وإنما أمره بتنفيذه، وذلك لأن إطلاق لفظ الموكل ينصرف إلى دفعه إلى غيره، ويحتمل أن يجوز له الأخذ إذا تناوله عموم اللفظ، كالمسائل التى تقدمت، ولأن المعنى الذى حصل به الاستحقاق متحقق فيه، واللفظ متناول له فجاز له الأخذ كغيره، ويحتمل الرجوع فى ذلك إلى قرائن الأحوال، فما غلب على الظن فيه أنه أراد العموم فيه وفى غيره فله الأخذ منه، وما غلب أنه لم يرده فليس له الأخذ، وما تساوى فيه الأمران احتمل وجهين، وهل له أن يعطيه لولده أو والده أو امرأته؟ فيه وجهان: أولهما: جوازه، لدخولهم فى عموم لفظه ووجود المعنى المقتضى لجواز الدفع إليهم، فأما من تلزمه مؤونته غير هؤلاء فيجوز الدفع إليهم كما يجوز دفع صدقة التطوع إليهم.

٨٤٥- **مسألة:** قال: **(وشراء الرجل لنفسه من مال ولده الطفل جائر، وكذلك شراؤه له من نفسه)**.

يعنى أن الأب أن يشترى لنفسه من مال ابنه الذى فى حجره ويبيع ولده من مال نفسه،

27- **مسألة: (وإن قال البائع: موكلك قد رضى بالعيب فالقول قول الوكيل بيمينه أنه لا يعلم ذلك)**.

لأن الأصل عدم الرضى فلا يقبل قوله إلا ببينة فإن لم يقم بينة لم يستحلف الوكيل إلاَّ أن يدعى علمه فيحلف على نفى العلم، وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة فى رواية: لا يستحلف، لأنه لو حلف كان نائبًا فى اليمين وليس بصحيح فإنه لا نيابة ههنا فإنه إنما يحلف على نفى علمه وهذا لا ينوب فيه عن أحد، ولو اشترى المضارب معيبًا صح، لأن المقصود منها الربح وهو يحصل مع العيب بخلاف الوكيل فإنه قد يكون غرض الموكل القنية والانتفاع والعيب يمنع بعض ذلك.

28- **مسألة: (فإن رده فصدق الموكل البائع فى الرضى بالعيب فهل يصح الرد؟ على وجهين)**.

أحدهما: لا يصح وللموكل استرجاعه وللبائع رده عليه، لأن رضاءه به عزل للوكيل عن الرد بدليل أنه لو علمه لم يكن له الرد **الثانى:** يصح الرد بناء على أن الوكيل لا ينعزل قبل

وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ومالك والأوزاعي: وزادوا الجد فأباحوا له ذلك، وقال زفر: لا يجوز، لأن حقوق العقد تتعلق بالعقد، فلا يجوز أن يتعلق به حكمان متضادان، ولأنه لا يجوز أن يكون موجبًا وقابلاً في عقد واحد، كما لا يجوز أن يتزوج بنت عمه من نفسه.

ولنا: أن هذا يلي بنفسه، فجاز أن يتولى طرفي العقد كالأب يزوج ابنته عبده الصغير، والسيد يزوج عبده أمته، ولا نسلم ما ذكره من تعلق حقوق العقد بالعاقد لغيره، فأما الجد فلا ولاية له على ابن ابنه على ما سنذكره في موضعه، فينزل منزلة الأجنبي، ولأن التهمة بين الأب وولده منتفية إذ من طبعه الشفقة عليه والميل له وترك حظ نفسه لحظه، فلذلك جاز، وفارق الجد والوصي والحاكم وأمينه، فإن التهمة غير منتفية في حقهم، وأما تولي طرفي العقد فيجوز بدليل الأصل الذي ذكرناه ولا تسلم ما ذكره فيما إذا أراد أن يتزوج ابنة عمه، بل يجوز بدليل أن عبد الرحمن بن عوف قال لابنة قارظ: أتجعلين أمرك إلي؟ قالت: نعم قال: قد تزوجتك(١٤) ولئن سلمنا فلأن التهمة غير منتفية ثَمَّ.

٨٤٦- **مسألة:** قال: **(وما فعل الوكيل بعد فسخ الموكل أو موته فباطل)**.

وجملته: أن الوكالة عقد جائز من الطرفين فللموكل عزل وكيله متى شاء، وللوكيل عزل نفسه لأنه أذن في التصرف فكان لكل واحد منهما إبطاله، كما لو أذن في أكل طعامه، وتبطل أيضًا بموت أحدهما أيهما كان وجنونه المطبق، ولا خلاف في هذا كله فيما نعلم، فمتى تصرف الوكيل بعد فسخ الموكل أو موته فهو باطل إذا علم ذلك، فإن لم يعلم الوكيل بالعزل ولا موت الموكل، فعن أحمد فيه روايتان، وللشافعي فيه قولان، وظاهر كلام الخرقي هذا:

العلم بالعزل فإن رضي الوكيل المعيب أو أمسكه إمساكًا ينقطع به الرد فحضر الموكل فأراد الرد فله ذلك على الوجه الأول إن صدق البائع الموكل أن الشراء له أو قامت به بينة، وإن كذبه ولم يكن بينة فحلف البائع أنه لا يعلم أن الشراء له فليس له رده، لأن الظاهر أن من اشترى شيئًا فهو له ويلزم الوكيل وعليه غرامة الثمن، وهذا كله مذهب الشافعي، وقال أبو حنيفة: للوكيل شراء المعيب، لأن التوكيل في البيع مطلقًا يدخل المعيب في إطلاقه، ولأنه أمين في الشراء فجاز له ذلك كالمضارب.

ولنا: أن البيع بإطلاق يقتضي الصحيح دون المعيب فكذلك الوكالة فيه، ويفارق المضاربة من حيث إن المقصود فيها الربح، وهو يحصل من المعيب كحصوله من الصحيح،

---

(١٤) أخرجه البخاري في كتاب النكاح (٩/ ص ٩٤) مطلقًا، قال ابن حجر في الفتح (٩/ ٩٥) ووصله ابن سعد من طريق ابن أبي ذئب وقال: فجاز نكاحه، وقد ذكر ابن سعد أم حكيم في النساء اللواتي لم يروين عن النبي ﷺ ورَوين عن أزواجه ولم يزد في التعريف بها على ما في هذا الخبر، وذكرها في تسمية أزواج عبد الرحمن بن عوف في ترجمته فنسبها فقال: أم حكيم بنت قارظ بن خالد بن عبيد حليف بني زهرة. اهـ.

أنه ينعزل علم أو لم يعلم، ومـتى تصرف فبان أن تصـرفه بعد عزلـه أو موت موكله فتـصرفه باطل، لأنه رفع عقـد لا يفتقـر إلى رضا صاحـبه، فلا يـفتقر إلـى عمله كالطلاق والعـتاق، **والرواية الثـانيـة**: عن أحمد: لا ينعزل قبل علمـه بموت الموكل وعزله، نص عليه فى رواية جعفـر بن محمد، لأنه لو انـعزل قبل علمه كـان فيه ضرر، لأنه قـد يتصرف تصرفـات فتقع باطلة، وربمـا باع الجارية فيطؤهـا المشتـرى أو الطعام فيـأكله أو غيـر ذلك، فيتـصرف فـيه المشترى، ويجب ضمـانه، ويتضرر المشترى والوكيل، ولأنه يتصـرف بأمر الموكل ولا يثبت حكم الرجوع فى حق المأمور قبل علمه كالفسخ، فعلى هذه الرواية متى تصرف قبل العلم نفذ تصرفه، وعن أبى حنيفة أنه إن عزله الموكل فلا يـنعزل قبل علمه لما ذكرنا، وإن عزل الوكيل نفسه لم ينعزل إلا بحضرة الموكل، لأنه متصـرف بأمر الموكل فلا يصح رد أمره بغير حضرته كالمودع فى رد الوديعة.

ولنا: ما تقـدم، فأما الفسخ فـفيه وجهان كـالروايتين، ثم هما مـفترقان فـإن أمر الشارع يتضـمن المعـصية بتـركه ولا يكون عـاصيًا من غـير علمـه، وهذا يتضمن العـزل عنه إبطال التصرف، فلا يمنع منه عدم العلم.

فصل: ومتى خرج أحدهما عن كونه من أهل التصرف مثل أن يجن أو يحجر عليه لسفه فـحكمـه حكم المـوت، لأنه لا يملك التصرف فـلا يملكه غيره من جهته، قـال أحمد فى الشركة: إذا وسوس أحدهمـا فهو مثل العزل، وإن حجر على الوكيل لفلس فـالوكالة بحالها، لأنه لم يخرج عن كونه أهلاً للتصرف، وإن حجر على الموكل وكانت الوكالة فى أعيان ماله، بطلت لانقطاع تصرفه فى أعيان ماله، وإن كـانت فى الخصومة أو الشراء فى الذمة أو الطلاق

بخلاف الوكالة فإنه قد يكون المـقصود بها القنية أو يدفع بها حاجة يكون المـعيب مانعًا منها فلا يحصل المقصود، وقد ناقض أبو حنيـفة قوله فإنه قال فى قوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ (المجـادلة: ٣) لا تجوز العمياء، ولا مـعيبة عيبًا يضر بالعمل وقـال: ههنا يجوز للوكيل شراء الأعمى والمقعد ومقطوع اليدين والرجلين.

29- مـسـألة: (وإن وكله فى شراء معين فـاشتراه ووجده معيبًـا فهل له رده قبل إعلام الموكل؟ على وجهين).

أحدهما: له الرد، لأن الأمر يقتضى السلامة أشبه ما لو وكله فى شراء موصوفة.

والثـانى: لا يملكه، لأن الموكل قطع نظره بالتعيين فربما رضـيه على جميع صفاته فإن قلنا: له الرد فحكـمه حكم غير المـعين، وإن علم عيـبه قبل شـرائه فهل له شراؤه؟ يحـتمل وجهين مبنـيين على رده، إذا علم عيبه بعد شـرائه إن قلنا له رده فليس له شراؤه، لأن العيب إذا جاز الرد به بعـد العقد، فـلأن يمنع من الشراء أولى وإن قلنا لا يملـك الرد ثم فله الشراء ههنا، لأن تعيين الموكل قطع نظره واجتهاده فى جواز الرد فكذلك فى الشراء.

أو الخلع أو القصاص فالوكالة بحالها، لأن المــوكل أهل لذلك، وله أن يستنيب فيه ابتداء فلا تنقطع الاستدامة، وإن فسق الوكيل لم ينعزل، لأنه من أهل التصرف إلا أن تكون الوكالة فيما ينافيه الفسق كالإيجـاب فى عقد النكاح، فإنه ينعزل بفسقه أو فـسق موكله بخروجه عن أهلية التصرف، فإن كان وكيلاً فى القبول للموكل لم ينعزل بفسق موكله، لأنه لا ينافى جواز قبوله، وهل ينعزل بفسق نفـسه؟ فيه وجهـان، وإن كان وكيلاً فيمـا تشترط فيه الأمـانة، كوكيل ولى اليتيم وولى الوقف على المساكين ونحو هذا انعزل بفـسقه وفسق موكله بخروجهما بذلك عن أهلية التـصرف، وإن كان وكيلاً لوكـيل من يتصرف فى مال نفـسه انعزل بفسـقه، لأن الوكيل ليس له توكيل فـاسق ولا ينعزل بفسق موكله، لأن مـوكله وكيل لرب المال ولا ينافيـه الفسق ولا تبطل الوكالة بالنوم والسكر والإغماء، لأن ذلك لا يخرجـه عن أهلية التصرف، ولا يثبت عليه ولاية إلا أن يحصل الفسق بالسكر، فيكون فيه من التفصيل ما أسلفناه.

فــصل: ولا تبطل الوكالة بالتعدى فـيما وكل فيه، مثل أن يلبس الثوب ويركب الدابة، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى، والوجه الثـانى: تبطل الوكالة، لأنها عقد أمانة فتبطل بالتعدى كالوديعة.

ولنا: أنه إذا تصرف فقد تـصرف بأذن موكله فصح، كما لو لم يتعـد ويفارق الوديعة من جعة أنها أمانة مجردة فنافاها التعدى والخيانة، والوكالة إذن فى التصرف تضمنت الأمانة، فإذا انتفت الأمانة بالتـعدى بقى الإذن بحاله، فعلى هذا لو وكله فى بيع ثوب فلبسـه صار ضامنًا، فإذا باعه صح بيعه وبرئ من ضمانه لدخوله فى ملك المشترى وضمان، فإذا قبض الثمن كان أمانة فى يده غيـر مضمون عليـه، لأنه قبضه بإذن المـوكل ولم يتعد فيه، ولـو دفع إليه مالاً

30- **مـسألة:** (**فإن قال: اشتر لى بعين هذا الثمن، فاشترى له فى ذمته لم يلزم الموكل**).

وجـــملة ذلك أنه إذا دفع إليه دراهم وقال: اشتر لى بهذه عـبدًا كان له أن يشترى بعينها وفى الذمة، لأن الشـراء يقع على هذين الوجهين، فإذا أطلق كـان له فعل ما شاء منهـما فإن قال: اشتـر بعينها فاشـتراه فى ذمته، ثم نـقدها لم يلزم الموكل، لأنه إذا تعين الثـمن انفسخ العقد بتلفه أو كونه مغصوبًا، ولم يلزمـه ثمن فى ذمته، وهذا غرض صحيح للموكل فلم يجز مخالفته، ويقع الشراء للوكيل، وهل يقف على إجازة الموكل؟ على روايتين.

31- **مـسألة:** (**فإن قال: اشتر لى فى ذمتك وانقد الثمن، فاشترى بعينه صح**).

ولزم الموكل، ذكره أصحابنا، أنه أذن له فى عقد يلزمه به الثمن مع بقاء الدراهم، وتلفها فكان إذنًا فى عقد لا يلزمه الثمن إلاَّ مع بقائها، ويحتمل أن لا يصح، لأنه قد يكون له غرض فى الشراء بغير عينها لشـبهة فيما لا يجب أن تشترى بها أو يختار وقـوع عقد لا ينفسخ بتلفها ولا يبطل بتحريمها وهذا غرض صحيح، فلا يجوز تفويته عليه كما لم يجز تفويت غرضه فى الصورة الأولى، ومذهب الشافعى فى هذا كله على نحو ما ذكرنا.

ووكله فى شراء شىء فتعدى الثمن صار ضامنًا له، فـإذا اشترى به وسلمه زال الضمان وقبضه للمبيع قبض أمانة، وإن وجـد بالمبيع عيب فرد عليه أو وجد هو بما اشترى عـيبًا فرده وقبض الثمن كان مضمونًا عليه، لأن العقد المزيل للضمان زال فعاد ما زال عنه.

فـصل: وإن وكل امرأته فى بيع أو شراء أو غيره ثم طلـقها لم تنفسخ الوكالة، لأن زوال النكاح لا يمنع ابتداء الوكالة فلا يقطع اسـتدامتها، وإن وكل عبده ثم أعتـقه أو باعه لم ينعزل لذلك، ويحتمل أن ينعـزل لأن توكيل عبده ليس بتوكـيل فى الحقيقة إنما هو اسـتخدام بحق الملك فيبطل بزوال الملك، فإذا باعه فقد صار إلى ملك من لم يأذن فى توكيله، وثبوت ملك غيره فيه يمنع ابتداء توكيله بغير إذنه فيقطع استـدامته، وهكذا الوجهان فيما إذا وكل عبد غيره ثم باعه، والصحيح: أن الوكالة لا تبطل، لأن سيد العبد أذن له فى بيع ماله، والعتق لا يبطل الإذن، وهكذا إن باعه إلا أن المشتـرى إن رضى ببقائه على الوكالة بقى، وإن لم يرض بذلك بطلت الوكالة، وإن وكل عـبد غيره فأعتـقه لم تبطل الوكالة، وجهـًا واحدًا، لأن هذا توكيل حقيقـة والعتق غير مناف له، وإن اشتراه المـوكل منه لم تبطل الوكالة، لأن ملكه له لا ينافى إذنه له البيع أو الشراء.

فـصل: وإن وكل مسلم كافرًا فيما يصح تصرفه فيه صح توكيله سواء كان ذميًا أو مستأمنًا أو حربيًا أو مرتدًا، لأن العدالة غير مشترطة فيه، وكذلك الدين كالبيع، وإن وكل مسلمًا فارتد لم تبطل الوكـالة، سواء لحق بدار الحـرب أو أقام، وقال أبـو حنيفة: إن لحـق بدار الحرب بطلت وكالته، لأنه صار منهم.

32- مـسـألة: (وإن أمره ببيعه فى سوق بثمن فـباعه فى آخر صح، وإن قال: بعه من زيد فباعه من غيره لم يصح).

وجملة ذلك أن الوكيل لا يملك من التصرف إلا ما يقتضيه إذن موكله من جهة النطق أو العرف، لأن تصرفـه بالإذن فاختص بما أذن فيه، والإذن يعـرف بالنطق تارة وبالعرف أخرى، ولو وكل رجلاً فى التـصرف فى زمن مقيـد لم يملك التصرف قـبله ولا بعده، لأنه لم يتناوله إذنه نطقًا ولا عرفًا، فإنه قد يختار التصرف فى زمن الحاجة إليه دون غيره، ولهذا لما عين الله تعالى لعبادته وقـتًا لم يجز تقديمها عليه ولا تأخيـرها عنه، فلو قال له: بع ثوبى غدًا لم يجز قبله ولا بعده، فإن عين له المكان وكان يتعلق به غرض مثل أن يأمره بيع ثوبه فى سوق وكان السوق معروفـًا بجودة النقد أو كثرة الثمن أو حله أو بصـلاح أهله أو بمودة بين الوكيل وبينهم تقيد الإذن به، لأنه نص على أمر لـه فيه غرض فلم يجز تفويته وإن كـان هو وغيره سواء فى الغرض لم يتقيد الإذن به، وجاز له البيع فى غيره لمساواته المنصوص عليه فى الغرض، فكان تنصيصه على أحدهما إذنًا فى الآخر، كما لو استأجر أو استعار أرضًا لزراعة شىء كان إذنًا فى زراعة مثله ومـا دونه، ولو اكترى عقارًا كان له أن يسكنه مـثله، ولو نذر الاعتكاف أو الصلاة

ولنا: أنه يصح تصرفه لنفسه فلم تبطل وكالته، كما لو لم يلحق بدار الحرب، ولأن الردة لا تمنع ابتداء وكالته فلا تمنع استدامتها كسائر الكفر، وإن ارتد الموكل لم تبطل الوكالة فيما له التصرف فيه، فأما الوكيل فى ماله فينبنى على تصرفه نفسه، فإن قلنا: يصح تصرفه لم يبطل توكيله، وإن قلنا: هو موقوف فوكالته موقوفة، وإن قلنا: يبطل تصرفه بطل توكيله، وإن وكل فى حال ردته ففيه الوجوه الثلاثة أيضًا.

فصل: ولو وكل رجلاً فى نقل امرأته أو بيع عبده أو قبض داره من فلان فقامت البينة بطلاق الزوجة وعتق العبد وانتقال الدار عن الموكل بطلت الوكالة ، لأنه زال تصرف الموكل فزالت وكالته.

فصل: وإن تلفت العين التى وكل فى التصرف فيها بطلت الوكالة ، لأن محلها ذهب فذهبت الوكالة كما لو وكله فى بيع عبد فمات، ولو دفع إليه دينارًا ووكله فى الشراء به فهلك الدينار أو ضاع أو استقرضه الوكيل وتصرف فيه بطلت الوكالة سواء وكله فى الشراء بعينه أو مطلقًا، لأنه أن وكله فى الشراء بعينه فقد استحال الشراء بعينه بعد تلفه فبطلت الوكالة، وإن وكله فى الشراء مطلقًا ونقد الدينار بطلت أيضًا، لأنه إنما وكله فى الشراء به، ومعناه أن ينقده ثمن ذلك البيع إما قبل الشراء أو بعده، وقد تعذر ذلك بتلفه، ولأنه لو صح شراؤه للزم الموكل ثمن لم يلزمه ولا رضى بلزومه، وإذا استقرضه الوكيل ثم عزل دينارًا عوضه واشترى به فهو كالشراء له من غير إذن، لأن الوكالة بطلت والدينار الذى عوله عوضًا لا يصير للموكل حتى يقبضه، فإذا اشترى للموكل به شيئًا وقف على إجازة الموكل فإن أجازه صح ولزم الثمن وإلا لزم الوكيل، وعنه يلزم الوكيل بكل حال، وقال القاضى: متى اشترى بعين ماله لغيره

فى مسجد جاز له ذلك فى غيره وسواء قدر له الثمن أو لم يقدره، فأما إن عين له المشترى فقال: بعه فلانًا لم يملك بيعه لغيره بغير خلاف علمناه سواء قدر له الثمن أو لا، لأنه قد يكون له غرض فى تمليكه إياه دون غيره إلاَّ أن يعلم بقرينة أو صريح أنه لا غرض له فى عين المشترى.

فصل: إذا اشترى الوكيل لموكله شيئًا انتقل الملك من البائع إلى الموكل ولم يدخل فى ملك الوكيل ، وبه قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: يدخل فى ملك الوكيل ثم ينتقل إلى الموكل، لأن حقوق العقد تتعلق بالوكيل، بدليل أنه لو اشتراه بأكثر من ثمنه دخل فى ملكه ولم ينتقل إلى الموكل.

ولنا: أنه قبل عقدًا لغيره صح له فوجب أن ينتقل الملك إليه كالأب والوصى وكما لو تزوج له، وقولهم إن حقوق العقد تتعلق به غير مسلم، ويتفرع من هذا أن المسلم لو وكل ذميًا فى شراء دم أو خنزير فاشتراه له لم يصح الشراء، وقال أبو حنيفة: يصح ويقع للذمى، لأن الخمر مال لهم، لأنهم يتمولونها ويتبايعونها فصح توكيلهم فيه كسائر أموالهم.

شيئًا فالشراء باطل، لأنه لايصح أن يشترى بعين ماله ما يملكه غيره، وقال أصحاب الشافعى: متى اشترى لغيره بمال نفسه شيئًا صح الشراء للوكيل سواء اشتراه بعين المال أو فى الذمة لأنه اشترى ما لم يؤذن له فى شرائه، أشبه ما لو اشتراه فى الذمة.

فصل: نقل الأثرم عن أحمد فى رجل كان له على آخر دراهم فقال له: إذا أمكنك قضاؤها فادفعها إلى فلان وغاب صاحب الحق ولم يوص إلى هذا الذى أذن له فى القبض، لكن جعله وكيلاً وتمكن من عليه الدين من القضاء فخاف إن دفعها إلى الوكيل أن يكون الموكل قد مات ويخاف التبعة من الورثة، فقال: لا يعجبنى أن يدفع إليه لعله قد مات لكن يجمع بين الوكيل والورثة ويبرأ إليهما من ذلك، هذا ذكره أحمد على طريق النظر للغريم خوفًا من التبعة من الورثة أن كان موروثهم قد مات فانعزل وكيله وصار الحق لهم، فيرجعون على الدافع إلى الوكيل، فأما من طريق الحكم فللوكيل المطالبة وللآخر الدفع إليه فإن أحمد قد نص فى رواية حرب: إذا وكله فى الحد وغاب استوفاه الوكيل، وهو أبلغ من هذا لكونه يدرأ بالشبهات، لكن هذا احتياط حسن وتبرئة للغريم ظاهرًا وباطنًا وإزالة للتبعة عنه، وفى هذه الرواية دليل على أن الوكيل انعزل بموت الموكل، وإن لم يعلم بموته، لأنه اختار أن لا يدفع إلى الوكيل خوفًا من أن يكون الموكل قد مات، وانتقل إلى الورثة، ويجوز أن يكون اختار هذا لئلا يكون القاضى ممن يرى أن الوكيل ينعزل بالموت فيحكم عليه بالعزل به، وفيها دليل على جواز تراخى القبول عن الإيجاب، لأنه وكله فى قبض الحق ولم يعلمه، ولم يكن حاضرًا فيقبل، وفيها دليل على صحة التوكيل بغير لفظ التوكيل، وقد نقل جعفر بن محمد فى رجل قال لرجل: بع ثوبى ليس شىء حتى يقول قد وكلتك وهذا سهو من الناقل، وقد تقدم ذكر الدليل على جواز التوكيل بغير لفظ التوكيل، وهو الذى نقله الجماعة.

ولنا: أن كل ما لا يجوز للمسلم العقد عليه لا يجوز أن يوكل فيه كتزويج المجوسية، وبهذا خالف سائر أموالهم وإذا باع الوكيل بثمن معين ثبت الملك للموكل فى الثمن، لأنه بمنزلة المبيع، وإن كان الثمن فى الذمة فللوكيل والموكل المطالبة به، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: ليس للموكل المطالبة، لأن حقوق العقد تتعلق بالوكيل دونه، ولهذا يتعلق مجلس الصرف والخيار به دون موكله وكذلك القبض.

ولنا: أن هذا دين للموكل يصح قبضه له فملك المطالبة به كسائر ديونه التى وكل فيها وفارق مجلس العقد، لأن ذلك من شرط العقد فتعلق بالعاقد كالإيجاب والقبول، وأما الثمن فهو حق للموكل ومال من ماله فكانت له المطالبة به، ولا نسلم أن حقوق العقد تتعلق به وإنما تتعلق بالموكل، وهى تسليم الثمن وقبض المبيع والرد بالعيب وضمان الدرك، فأما ثمن ما اشتراه إذا كان فى الذمة فإنه يثبت فى ذمة الموكل أصلاً وفى ذمة الوكيل تبعًا كالضامن، وللبائع مطالبة من شاء منهما، فإن أبرأ الوكيل لم يبرأ الموكل، وإن أبرأ الموكل برئ الوكيل

٨٤٧- **مسألة:** قال: (وإذا وكله فى طلاق زوجته فهو فى يده حتى يفسخ أو يطأ).

وجــمـلة ذلك: أن الوكالة إذا وقعت مطلقـة غير مؤقتة ملك التصـرف أبدًا ما لم تنفسخ الوكالة، وفسخ الوكالة أن يقـول: فسخت الوكالة أو أبطلتها أو نقضتـها أو عزلتك أو صرفتك عنها وأزلتك عنها أو ينهاه عن فعل ما أمره به أو وكله فيه، وما أشبه هذا من الألفاظ المقتضية عزله المؤدية معناه، أو يعزل الوكيل نفسه أو يوجد ما يقتضى فسخها حكمًا على ما قد ذكرنا، أو يزول ملكه عما قد وكـله فى التصرف فيه أو يوجد ما يدل على الـرجوع عن الوكالة، فإذا وكله فى طلاق امرأته ثم وطئـها انفسخت الوكـالة، لأن ذلك يدل على رغبتـه فيها واختـياره إمساكها وكذلك إن[١٥] وطئها بعد طلاقها طلاقًا رجعيًا، كان ارتجاعًا لهذا فإذا اقتضى رجعتها بعد طلاقها فـلأن يقتضى استبقـاءها على نكاحها[١٦] ومنع طلاقـها أولى، وإن باشـرها دون الفرج أو قبلهـا أو فعل بها ما يحرم على غـير الزوج فهل تنفسخ الوكـالة فى الطلاق؟ يحتمل وجهين، بناء على الخلاف فى حصول الرجعة به، وإن وكله فى بيع عبد ثم أعتقه أو باعه بيعًا صحيحًا أو كـاتبه أو دبره انفسخت الوكالة، لأنه بزوال ملكه لا يبقى له إذن فى التـصرف فيما لا يملكه، وفى الكتـابة والتـدبير على إحـدى الروايتـين لم يبق محـلا للبـيع، وعلى الرواية الأخرى: تصرفه فيـه بذلك يدل على أنه قصد الرجوع عن بيعه وإن باعه بيـعًا فاسدًا لم تبطل الوكالة، لأن ملكه فى العبد لم يزل ذكره ابن المنذر.

كالضامن والمضمون عنه سواء، وإن دفع الثمن إلى البائع فوجد به عيبًا فرده على الوكيل كان أمانة فى يده إن تلف فـهو من ضمان المـوكل، ولو وكل رجلاً يستسلف له العـامى كر حنطة ففعـل ملك ثمـــنها والوكيل ضامن عن موكله كـما تقدم، قال أحمـد فى رواية مهنا: إذا دفع إلى رجل ثوبًا ليبـيعه فـفعل فوهب له المـشترى منديلاً فـالمنديل لصاحب الثوب، إنمـا قال ذلك، لأن هبة المنديل سبـبها المبيع فكان المنديل زيادة فى الثمن والزيادة فـى مجلس العقد تلحق به.

33- **مسألة: (وإن وكله فى بيع بشىء ملك تسليمه ولم يملك قبض ثمنه إلاَّ بقرينة، فإن تعذر قبضه لم يلزم الوكيل).**

لأن إطلاق التوكيل فى البيع يقتضى التسليم لكونه من تمامه ولم يملك الإبراء من الثمن، وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة: يملكه.

ولنا: أن الإبراء ليس من المـبيع ولا من ثمـنه فلا يكون التـوكيل فى البـيع توكيـلاً فيـه كالإبراء من غـير ثمنه، فأمـا قبض الثمن فـقال القاضى وأبو الخـطاب: لا يملكه، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى، لأنه قد يوكل فى البيع من لا يأتمنه على قبض الثمن، فعلى هذا إن تعذر قبض الثمن من المشتـرى لم يلزم الوكيل شىء، ويحتمل أن يملك قبض الثمن، لأنه

---

(١٥) فى المطبوعة: «لو».

(١٦) فى المطبوعة: «نكاحه».

٨٤٨- **مسألة:** قال: **(ومن وكل فى شراء شىء فاشترى غيره كان الآمر مخيراً فى قبول الشراء، فإن لم يقبل لزم الوكيل، إلا أن يكون اشتراه بعين المال فيبطل الشراء).**

وجملته: أن الوكيل فى الشراء إذا خالف موكله فاشترى غير ما وكل فى شرائه مثل أن يوكله فى شراء عبد فيشترى جارية لم يخل من أن يكون اشتراه فى ذمته أو بعين المال، فإن كان اشتراه فى ذمته ثم نقد ثمنه فالشراء صحيح، لأنه إنما اشترى بثمن فى ذمته، وليس ذلك ملكًا لغيره، وقال أصحاب الشافعى: لا يصح فى أحد الوجهين، لأنه عقده على أنه للموكل ولم يأذن فيه فلم يصح كما لو اشترى بعين ماله.

ولنا: أنه لم يتصرف فى ملك غيره فصح كما لو لم ينوه لغيره، إذا ثبت هذا فعن أحمد

من موجب البيع فملكه كتسليم المبيع، فعلى هذا ليس له تسليم المبيع إلاَّ بقبض الثمن أو حضوره، فإن سلمه قبل قبض ثمنه ضمنه، قال شيخنا: والأولى أن ينظر فيه فإن دلت قرينة الحال على قبض الثمن مثل توكيله فى بيع ثوب فى سوق غائب عن الموكل أو موضع يضيع الثمن بترك قبض الوكيل كان إذنًا فى قبضه، فمتى ترك قبضه ضمنه، لأن ظاهر حال الموكل أنه إنما أمره بالبيع لتحصيل ثمنه فلا يرضى بتضييعه، ولهذا يعد من فعل ذلك مفرطًا، وإن لم تدل القرينة على ذلك لم يكن له قبضه.

فصل: وإن وكله فى شراء شىء ملك تسليم ثمنه، لأنه من ثمنه وحقوقه فهو كتسليم المبيع فى البيع والحكم فى قبض المبيع كالحكم فى قبض الثمن فى البيع على ما ذكرنا، فإن اشترى عبداً فنقد ثمنه فخرج العبد مستحقًا فهل يملك أن يخاصم البائع فى الثمن؟ على وجهين، فإن اشترى شيئًا وقبضه وأخر تسليم الثمن لغير عذر فهلك فى يده ضمنه، وإن كان له عذر مثل إن ذهب لينقده أو نحو ذلك فلا ضمان عليه، نص أحمد على هذا، لأنه مفرط فى إمساكه فى الصورة الأولى فلزمه الضمان بخلاف ما إذا لم يفرط.

34- **مسألة:** **(وإن وكله فى بيع فاسد لم يصح ولم يملكه).**

لأن الله تعالى لم يأذن فيه، ولأن الموكل لا يملكه فالوكيل أولى ولا يملك الصحيح، لأن الموكل لم يأذن فيه، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: يملك الصحيح، لأنه إذا أذن فى الفاسد فالصحيح أولى.

ولنا: أنه أذن له فى محرم فلم يملك الحلال بالإذن فى الفاسد كما لو أذن فى شراء خمر وخنزير لم يملك شراء الخيل والغنم.

35- **مسألة:** **(وإن وكله فى كل قليل وكثير لم يصح).**

لأنه يدخل فيه كل شىء فيعظم الغرر، ولأنه لا يصح التوكيل إلاَّ فى تصرف معلوم، وبه قال أبو حنيفة والشافعى، وقال ابن أبى ليلى يصح ويملك به كل ما تناوله لفظه، لأن لفظه عام فصح فيما تناوله كما لو قال: بع مالى كله.

روايتان: **إحداهما**: الشراء لازم للمشترى، وهو الوجه الثانى لأصحاب الشافعى، لأنه اشترى فى ذمته بغير إذن غيره، فكان الشراء له كما لو لم ينو غيره، **والرواية الثانية**: يقف على إجازة الموكل، فإن أجازه لزمه، لأنه اشترى له وقد أجازه فلزمه، كما لو اشترى بإذنه، وإن لم يجزه لزم الوكيل، لأنــه لا يجوز أن يلزم الموكل، لأنــه لم يأذن فى شرائه ولزم الوكـيل لأن الشراء صدر منه ولم يثـبت لغيره فيـثبت فى حقه، كـما لو اشتراه لنفـسه وهكذا الحكم فى كل من

ولنا: أن فى هذا غررًا عظيمًا وخطرًا كبيرًا، لأنه يدخل فيه هبة ماله وطلاق نسائه وإعتاق رقيقه وتزوج نساء كثير وتلزمه المهور الكثيرة والأيمان العظيمة فيعظم الضرر.

36- مسألة: (وإن وكله فى بيع ماله كله صح).

لأنه يعرف ماله فيعرف أقصى ما يبيع فيقل الغرر وكذلك لو وكله فى بيع ما شاء من ماله أو قبض ديونه أو الإبراء منهـا أو ما شاء منهـا صح، لأنه يعرف دينه فيـعرف ما يقبض فـيقل الغرر.

37- مسألة: (وإن قال: اشتر لى ما شئت أو عبداً بما شئت لم يصح حتى يذكر النوع وقدر الثمن، وعنه ما يدل على أنه يصح).

إذا قال: اشتـر لى ما شئت بما شئت لم يصح، ذكـره أبو الخطاب، لأن ما يمكن شراؤه يكثر فيكثر فيه الغرر، وإن قـدر له أكثر الثمن وأقله صح، لأنه يقل الغرر، وقال القاضى: إذا ذكر النوع لم يحتـج إلى ذكر الثمن، لأنه أذن فى أعلاه، وعنه ما يدل علـى أنه يصح فإنه قد روى عنه فيـمن قال: ما اشتـريت من شيء فهو بيننا أن هذا جـائز وأعجبـه، وهذا توكيل فى شراء كل شيء، ولأنه أذن فى التصرف فجاز من غير تعيين كالإذن فى التجارة.

فصل: وقد ذكرنا أنه إذا قال: بع ما شئت من مالى أنه يصح، وقال أصحاب الشافعى: إذا قال: بع ما شئت من مـالى لم يجز، وإن قال: بع ما شئت من عبيدى جـاز لأنه محصور بالجنس.

ولنا: أن ما جاز التوكيل فى جميعه جاز التوكيل فى بعضه، وإن قال: اشتر لى عبدًا تركيًا أو ثوبًا هرويًا صح، وكذلك إن قال: اشتر لى عبـدًا أو ثوبًا ولم يذكر جنسه صح أيضًا، وقال أبو الخطاب: لا يصح، وهو مذهب الشافعى، لأنه مجهول.

ولنا: أنه ذكر نوعًا فقد أذن فى أعلاه ثمنًا فيـقل الغرر، ولأن تقدير الثمن يضر به فإنه قد لا يجد بقدر الثمن ومن اعتبر ذكر الثمن جوز أن يذكر له أكثر الثمن وأقله وقد ذكرناه.

38- مسألة: (وإن وكله فى الخصومة لم يكن وكيلاً فى القبض) وبه قال الشـافعى، وقال أبو حنيفة: يملك قبضه، لأن المقصود من التثبت قبضه أو تحصيله.

ولنا: أن القبض لم يتناوله الإذن نطقًا ولا عرفًا، لأنه قـد يرضى للخصومة من لا يرضاه للقبض.

اشترى شيئًا فى ذمته لغيره بغير إذنه سواء كان وكيلاً للذى قصد الشراء له أو لم يكن وكيلاً له، فأما إن اشترى بعين المال مثل أن يقول بعنى الجارية بهذه الدنانير أو باع مال غيره بغير إذنه، فالصحيح فى المذهب أن البيع باطل وهو مذهب الشافعى، وفيه رواية أخرى أنه صحيح ويقف على إجازة المالك، فإن لم يجزه بطل، وإن أجازه صح، لحديث عروة بن الجعد: أنه باع ما لم يؤذن له فى بيعه، فأقره عليه النبى ﷺ ودعا له(١٧)، ولأنه تصرف له بخير

فصل: إذا وكله فى الخصومة لم يقبل إقراره على الموكل بقبض الحق ولا غيره، وبه قال مالك والشافعى وابن أبى ليلى، وقال أبو حنيفة ومحمد: يقبل إقراره فى مجلس الحكم فيما عدا الحدود والقصاص، وقال أبو يوسف: يقبل إقراره فى مجلس الحكم وغيره، لأن الإقرار أحد جوابى المدعى فملكه كالإنكار.

ولنا أن الإقرار يقطع الخصومة وينافيها فلم يملك الوكيل الإقرار فيها كالإبراء وفارق الإنكار فإنه لا يقطع الخصومة ويملكه فى الحدود والقصاص وفى غير مجلس الحاكم، لأن الوكيل لا يملك الإنكار على وجه يمنع الموكل من الإقرار فلو ملك الإقرار لامتنع على الموكل الإنكار فافترقا ولا يملك المصالحة على الحق ولا الإبراء منه بغير خلاف نعلمه، إلاَّ أن الإذن فى الخصومة لا يقتضى شيئًا من ذلك.

39- مسألة: (وإن وكله فى القبض كان وكيلاً فى الخصومة فى أحد الوجهين).

وقال أبو حنيفة: والآخر ليس له ذلك، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى لأنهما معنيان مختلفان، فالوكيل فى أحدهما لا يكون وكيلاً فى الآخر، لأنه لم يتناوله اللفظ ووجه الأول أنه لا يتوصل إلى القبض إلاَّ بالتثبيت فكان إذنًا فيه عرفًا، ولأن القبض لا يتم إلا به فملكه، كما لو وكل فى شراء شىء ملك تسليم ثمنه، أو فى بيع شىء ملك تسليمه، ويحتمل أنه إن كان الموكل عالمًا بجحد من عليه الحق أو مطله كان توكيلاً فى تثبيته والخصومة فيه لعلمه بوقوف القبض عليه، ولا فرق بين كون الحق عينًا أو دينًا، وقال بعض أصحاب أبى حنيفة: إن وكل فى بيع عين لم يملك تثبيتها لأنه وكيل فى نقلها أشبه الوكيل فى نقل الزوجة.

ولنا: أنه وكيل فى قبض حق أشبه الوكيل فى قبض الدين، وبه يبطل ما ذكروه فإنه توكيل فى قبضه ونقله إليه.

40- مسألة: (وإن وكل فى قبض الحق من إنسان لم يكن له القبض من وارثه وإن قال: اقبض حقى الذى قبله فله القبض من وارثه).

إذا وكله فى قبض دين من رجل فمات نظرت فى لفظه فإن قال: اقبض حقى من فلان لم يكن له قبضه من وارثه، لأنه لم يؤمر بذلك ولا يقتضيه العرف، لأنه قد يرى بقاء الحق

(١٧) تقدم برقم (١) من كتاب الوكالة.

فصح، ووقف على الإجازة كالوصيـة بالزائد على الثلث، ووجه الرواية الأولى: أنه عقد على مال من لم يأذن له فى العقد فلم يصح، كما لو باع مال الصبى المراهق ثم بلغ فأجازه، ولأن النبى ﷺ قال لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك»(١٨) يعنى ما لم تملك، وأما حديث

عندهم دونه، وإن قـال: اقبض حـقى الذى قبله أو عليـه فله مطالبة وارثه والقـبض منه، لأن قبضـه من الوارث قبض الحق الذى على موروثه، فـإن قـيل: فلو قال: اقـبض حقى من زيد فوكل زيد إنسانًا فى الدفع إليه كان له القـبض والوارث نائب الموروث فهو كالوكيل، قـلنـا: الوكيل إذا دفع عنه بإذنه جرى مجـرى تسليمه، لأنه أقامه مقام نفـسه، وليس كذلك ههنا فإن الحق انتقل إلـى الورثة واستحـقت المطالبة عليـهم لا بطريق النيابة عن المـوروث، ولهذا لو حلف لا يفعل شيئًا حنث بفعل وكيله دون وارثه.

41- **مـسألة:** (**وإن وكله فى قبضه اليوم لـم يكن له قبضه غدًا**) لأنه قد يختص غرضه به فى زمن حاجته إليه.

42- **مـسألة:** (**وإن وكله فى الإيداع فأودع ولم يشهد لم يضمن إذا أنكر المودع**).

كذلك ذكره أصحابنا وعموم كلام الخرقى يقتضى أن لا يقبل قوله على الآخر، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى، لأن الوديعة لا تثبـت إلا ببينة فهو كما لو وكله فى قضاء الدين، وقال أصـحابـنا: لا يصح القيـاس، لأن قول المـودع يقبل فى الرد والهـلاك، فلا فـائدة فى الاستيثاق بخلاف قضاء الدين، فإن قـال الوكيل: دفعت المال إلى المودع، فقال: لم تدفعه، القول قول الوكيل، لأنهما اختلفا فى تصرفه فيما وكل فيه فكان القول قوله فيه.

43- **مـسـألة:** (**وإن وكله فى قضاء الدين فـقضاه ولم يشهـد وأنكر الغريم ضمن إلاَّ أن يقضيه بحضرة الموكل**).

إذا وكل رجلاً فى قضاء دينه ودفع إليـه مالاً ليدفعه إليه فادعـى الوكيل قضاء الدين ودفع المال إلى الغريم لم يقـبل قوله على الغريم إلا ببينة، لأنه ليس بأمينه فلم يقـبل قوله عليه فى ذلك كما لو ادعاه الموكل، فإذا حلف الغريم فله مطالبة الموكل، لأن ذمته لا تبرأ بدفع المال إلى وكيله، وهل للموكل الرجوع على وكيله؟ ينظر فإن كـان قضاه بغير بينة فللموكل الرجوع عليه إذا قضاه فى غيبته، قال القاضى: سواء صدقه أو كذبه، وهذا قول الشافعى، لأنه إذن فى القضـاء يبرأ به ولم يوجد، وعن أحمـد لا يرجع عليه بشىء إلا أن يكون أمره بالإشـهاد فلم يفعل، فعلى هذه الرواية إن صـدقة الموكل فى الدفع لم يرجع عليه بشىء، وإن كـذبه فالقول قول الوكيل مع يمينه، وهذا قول أبى حنيفة ووجه لأصحاب الشافعى، لأنه ادعى فعل ما أمره به موكله فكان القول قـوله، كما لو أمره ببـيع ثوبه فادعى بيعه، ووجه الأول أنه مـفرط بترك

---

(١٨) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٥٠٣) والترمذى (٣/ ١٢٣٢) والنسائى (٧/ ٤٦٢٧) وابن ماجه (٢/ ٢١٨٧) وأحمد فى مسنده (٣/ ٤٠٢، ٤٣٤) والبيهقى فى السنن (٥/ ٢٦٧، ٣١٧، ٣٣٩) وإسناده صحيح.

عروة فـإنه يحتمل أنه كـان وكيلاً مطلقًـا، بدليل أنه باع وسلم المبيـع وأخذ ثمنه وليس ذلك جائزًا لمن لم يؤذن له فيه اتفاقًا، ومتى حكمنا ببطلان البيع فاعترف له العاقد معه ببطلان البيع أو ثبت ذلك ببينة فعليه رد ما أخذه، وإن لم يعـترف بذلك ولا قامت به بينة حلف العاقد ولم يلزمه رد شيء، لأن الأصل أن تصرف الإنسان لنفسه فلا يصـدق على غيره فيما يبطل عقده، وإن ادعى البـائع أنه باع مال غـيره بغيـر إذنه، فالقـول قول المـشتـرى لما ذكرنـاه، ولو قال المشترى: إنك بعت مال غيرك بغـير إذنه، فأنكر البائع ذلك، وقال: بل بعت ملكى، أو قال بعت مال موكلى بإذنه، فالقول قوله أيضًا، وإن اتفق البائع والمشترى على ما يبطل البيع وقال الموكل: بل البيع صحيح، فالقول قوله مع يمينه، ولا يلزمه رد ما أخذه من العوض.

فـصل: وإن وكله فى أن يتزوج له امرأة فتزوج له غيرها أو تزوج له بغير إذنه فالعقد فاسد بكل حـال فى إحـدى الروايتـين، وهو مذهب الشـافعى، لأن من شـرط صحة الـنكاح ذكر الزوج، فإذا كان بغير إذنه لم يقع له ولا للوكيل، لأن المقصود أعيان الزوجين بخلاف البيع، فإنه يجوز أن يشترى له من غير تسمـية المشترى له فافترقا، **والرواية الثـانيـة**: يصح الـنكاح ويقف على إجازة المتزوج له، فإن أجازه صح وإلا بطل، وهذا مذهب أبى حنيفة، والقول فيه كالقول فى البيع على ما تقدم.

فـــصل: قال القـاضى: إذا قال لرجل اشتـر بدينى عليك طعامًـا لم يصح، ولو قال: تسـلف(*) لى ألفًا من مـالك كُرًّا(١٩) طعام ففعل لم يصح، لأنه لا يجـوز أن يشترى الإنسان بماله ما يملكه غيره، وإن قـال: اشتر لى فى ذمتك أو قال تسلف(**) لى ألفًا فى كـر طعام

الإشهاد فضمن كما لو فرط فى البيع بدون ثمن المثل، **فإن قـيل**: فلم يأمره بالإشهاد؟ **قلـنا**: إطلاق الأمر بالقضاء يقتـضى ذلك، لأنه لا يثبت إلا به فيصير كأمره بالبـيع، والشراء يقتضى ذلك العرف لا العموم كذا ههنا، وقياس القول الآخر يمكن القول بموجبه وأن قوله مقبول فى القضاء، وإنما لزمه الضمان لتفريطه لا لرد قوله، وعلى هذا لو كان القضاء بحضرة الموكل لم يضمن الوكيل، لأن تركه الاحـتياط والإشهاد رضًا منه بما فـعل وكيله، وكذلك لو أذن له فى القضـاء بغير إشهـاد فلا ضمان عليـه، لأن صريح قوله يقدم على مـا تقتضيـه دلالة الحال، وكذلك إن أشهد على القضاء عدولاً فماتوا أو غـابوا فلا ضمان عليه لعدم تفريطه، وإن أشهد من يختلف فى ثبـوت الحق بشهادته كشاهد واحـد أو رجلاً وامرأتين فهل يبـرأ من الضمان، يخرج على روايتين، فإن اختلف الوكيل والموكل فقال: قضيت الدين بحضرتك فأنكر الموكل ذلك أو قال: أذنت لى فى قضائه بغير بينة فأنكر الموكل أو قال: أشهدت على القضاء شهودًا فماتوا فأنكر الموكل فالقول قوله، لأن الأصل معه.

فـصل: قال المصنف رحمه الله: **(والوكيل أمين لا ضمان عليه فـيما تلف فى يده بغير**

(*) فى المطبوعة: «أستلف». (١٩) الكر: أربعون أردبًا. (**) فى المطبوعة: أستلف.

واقـبض الثمن عنى من مـالك أو من الدين الذى لى عليك صح، لأنه إذا اشـترى فى الذمـة حصل الشـراء للموكل والثمن عليه، فـإذا قضاه من الدين الذى عليه فـقد دفع الدين إلى من أمره صـاحب الدين بدفعـه إليه، وإن قضـاه من ماله عن دين السلف الذى علـيه صار قـرضًا عليه.

تفــريط) سواء كان بجعل أو لا، لأنه أمـين أشبه المودع، ومتى اختلفـا فى تعدى الوكيل أو تفريطه فى الحفظ أو مخالفته أمر مـوكله مثل أن يدعى أنك حملت على الدابة فوق طاقتها أو حملت عليها شيئًا لنفسك أو فرطت فى حفظها أو ليست الثوب أو أمرتك برد المال فلم تفعل ونحو ذلك فالـقول قول الوكيل مع يمـينه، لأنه أمين، وهذا مما يتـعذر إقامة البينـة عليه فلا يكلف ذلك كـالمودع، ولأنه منـكر لما يدعى عليـه والقـول قول المنكر، وكـذلك إن ادعى الوكيل التلف فأنكر الموكل فالقول قـول الوكيل مع يمينه لما ذكرنا، وهكذا حكم من كان فى يده شىء لغـيره على سـبـيل الأمانة كـالأب والوصى وأمين الـحاكم والشـريك والمضـارب والمرتهن والمستأجر، لأنه لو كلف ذلك مع تعذره لامتنع الناس من الدخول فى الأمانات مع دعوى الحـاجة إليهـا وذلك ضرر، وقـال القاضى: إلا أن يدعى تلفهـا بأمر ظاهر كـالحريق والنهب فعليه إقامة البينة على وجود هذا الأمـر فى تلك الناحية ثم يكون القول قوله فى تلفها به، وهذا قول الشافـعى، لأن وجود الأمر الظاهر مما لا يخـفى فلا يتعذر إقامـة البينة عليه، ومتى ثبت التلف فى يده من غـير تعديه إمـا لقبول قوله أو بإقـرار موكله أو تبينه فلا ضـمان عليه، سواء تلف المتـاع الذى أمر ببيعه أو باعه وقبض ثمنه فتلف الثـمن سواء كان بجعل أو غيره، لأنه نائـب المالك فى اليد والتصرف، فـالهلاك فى يده كالهلاك فى يـد المالك وجرى مجرى المودع والمضارب وشبههما، فإن تعدى أو فرط ضمن، وكذلك سائر الأمناء، ولو باع الوكيل سلعة وقـبض ثمنها فتلف فى يده من غير تعـد واستحق المبيع رجع المشـترى بالثمن على الموكل دون الوكيل، لأن المبيع له فالرجوع بالعهدة عليه كما لو باع بنفسه.

44- مــسـألة: (وإن قال: بعت الثوب وقـبضت الثمن فتلف فـالقول قوله) إذا اخـتلف الوكيل والموكل فى التصرف فيقول الوكيل: بعت الثوب وقبضت الثمن فينكر الموكل ذلك أو يقول: بعت ولم تقبض شيئًا فالقول قـول الوكيل، ذكره ابن حامد، وهو قول أصحاب الرأى، لأنه يملك البيع والقبض فقـبل قوله فيهما كما يقبل قول ولى الـمرأة المجبرة على النكاح فى تزويجها، ويحـتمل أن لا يقبل قوله، وهذا أحـد القولين لأصحاب الشافـعى، لأنه يقر بحق لغيره على موكله لم يقبـل كما لو أقر بدين عليه، فإن وكله فى شراء عبد فـاشتراه واختلفا فى قدر ما اشتراه به فقال اشتريته بألف قال: بل بخـمسمائة فالقول قول الوكيل لما ذكرناه، وقال القاضى: القول قول المـوكل إلا أن يكون عين له الشراء بما ادعاه، فقال اشـتر لى عبدًا بألف فادعى الوكـيل أنه اشتراه بهـا القول قول الوكيل إذًا وإلا فـالقول قول المـوكل، لأن من كان

فــصل: ولا يملك الوكيل من التصرف إلا ما يقتضيه إذن موكله من جهة النطق أو من جهة العرف، لأن تصرفه بالإذن فاختص بما أذن فيه، والإذن يعرف بالنطق تارة وبالعرف أخرى، ولو وكل رجلاً فى التصرف فى زمن مقيد لم يملك التصرف قبله ولا بعده لأنه لم يتناوله إذنه مطلقًا ولا عرفًا، لأنه قد يؤثر التصرف فى زمن الحاجة إليه دون غيره، ولهذا لما عين الله تعالى لعبادته وقتًا لم يجو تقديمها عليه ولا تأخيرها عنه، فلو قال له: بع ثوبى غدًا لم يجز بيعه اليوم ولا بعد غد، وإن عين له المكان وكان يتعلق به غرض، مقل أن يأمره ببيع ثوبه فى سوق، وكان ذلك السوق معروفًا بجودة النقد أو كثرة الثمن أو حله أو بصلاح أهله أو بمودة بين الموكل وبينهم تقيد الإذن به لأنه قد نص على أمر له فيه غرض فلم يجز تفويته، وإن كان هو وغيره سواء فى الغرض لم يتقيد الإذن به، وجاز له البيع فى غيره لمساواته المنصوص عليه فى الغرض فكان تنصيصه على أحدهما إذنًا فى الآخر، كما لو استأجر أو استعار أرضًا لزراعة شيء كان إذنًا فى زراعة مثله فما دونه، ولو اشترى[20] عقارًا كان له أن يسكنه مثله ولو نذر صلاة أو اعتكافًا فى مسجد جاز الاعتكاف والصلاة فى غيره، وساء قدر له الثمن أو لم يقدره، وإن عين له المشترى فقال: بعه فلانًا لم يملك بيعه لغيره خلاف علمناه، سواء قدر له الثمن أو لم يقدره، لأنه قد يكون له غرض فى تمليكه إياه دون غيره إلا أن يعلم الوكيل بقرينة أو صريح أنه لا غرض له فى عين المشترى.

القول قوله فى أصل شيء كان القول قوله فى صفته، وللشافعى قولان كهذين الوجهين، وقال أبو حنيفة: إن كان الشراء فى الذمة فالقول قول الموكل، لأنه غارم لكونه مطالبًا بالثمن، وإن اشترى بعين المال فالقول قول الوكيل لكونه الغارم فإنه مطالبه برد ما زاد على خمسمائة.

ولنا: أنهما اختلفا فى تصرف الوكيل فكان القول قوله كما لو اختلفا فى البيع، ولأنه وكيل فى الشراء فكان القول قوله فى قدر ثمن المشترى كالمضارب، وكما لو قال له: اشتر بألف، عند القاضى.

45- **مسألة: (وإن اختلفا فى رده إلى الموكل فالقول قوله إن كان متطوعًا، وإن كان بجعل فعلى وجهين)**.

إذا اختلفا فى الرد فادعاه الوكيل وأنكره الموكل، فإن كان بغير جعل فالقول قول الوكيل، لأنه قبض المال لنفع مالكه فكان القول قوله كالمودع، وإن كان بجعل ففيه وجهان: **أحدهما**: أن القول قوله كالأول، **والثانى**: لا يقبل قوله، لأنه قبض المال لنفع نفسه فلم يقبل قوله فى الرد كالمستعير، وسواء اختلفا فى رد العين أو رد ثمنها.

46- **مسألة: (وكذلك يخرج فى الأجير والمرتهن)**.

وجملة ذلك أن الأمناء على ضربين: **أحدهما**: من قبض المال لنفع مالكه لا غير

---

(٢٠) فى المطبوعة: اكترى.

فـصل: وإن وكله فى عقد فاسد لم يملكه، لأن الله تعالى لم يأذن فيه، ولأن الموكل لا يملكه فالوكيل أولى، ولا يملك الصحيح لأن الموكل لم يأذن فـيه وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: يملك الصحيح، لأنه إذا أذن فى الفاسد فالصحيح أولى.

ولنا: أنه أذن له فى مـحرم فلم يملك الحـلال بهذا الإذن، كمـا لو أذن فى شراء خـمر وخنزير لم يملك شراء الخيل والغنم.

كالمودع والوكـيل بغير جعل فيـقبل قولهم فى الرد، لأنه لو لم يقبل قـولهم لامتنع الناس من قبول هذه الأمانة فيلحق الناس الضرر، **الثانى:** ينتفع بقبض الأمانة كالوكيل بجعل والمضارب والأجير المشترك والمستأجر والمرتهن ففيهم وجهان ذكرهما أبو الخطاب: **أحدهما:** لا يقبل قول المرتهن والمضارب فى الرد، لأن أحمـد نص عليه فى المضارب فى رواية ابن منصور، ولأن من قبض المال لنفع نفسه لا يقبل قوله فى الرد كالمستعير، ولو أنكر الوكيل قبض المال ثم ثبت ذلك ببينة أو اعتراف فادعى الرد أو التلف لم يقبل قوله، لأن جنايته قد ثبتت بجحده، فإن أقام بينة بما ادعاه من الرد أو التلف لم تقبل بينته فـى أحد الوجهين، لأنه كذبها بجحده، فإن قوله: قبضت، يتضمن أنه لم يرد شيئًا، **والثانى:** يقبل، لأنه يدعى الرد والتلف قبل وجود خيانته، فإن كان جحوده إنك لا تستحق علىَّ شيئًا أو ما لك عندى شىء سمع قوله مع يمينه، لأن جـوابه لا يكذب ذلك، فـإنه إذا كـان قد تلف أو رد فلـيس له عنده شىء فـلا تنافى بين القولين إلا أن يدعى أنه رده أو تلف بعد قوله ما لك عندى شىء فـلا يسمع قوله لثبوت كذبه وخيانته.

47- مـــسـألـة: (**فإن قال: أذنت لى فـى البيع نسيئة وفـى الشراء بخمسة فـأنكره فعلى وجهين**).

وجـملة ذلك أنهما متى اختلفا فى صفة الوكالة فقال: وكلتك فى بيع هذا العبد قال: بل فى بيع هذه الجارية أو قال: فى بيعه نقدًا قال: بل نسـيئة أو قال: وكلتك فى شراء عبد قال: بل فى شراء أمة أو قـال: بل وكلتك فى الشراء بعشرة، قـال: بل بخمسة، فـقال القاضى فى المجـرد: القول قـول الموكل، وهو قـول أصحاب الرأى والـشافعى وابن المـنذر، وقال أبو الخطاب: إذا قال: أذنت لك فى البـيع نقدًا وفى الشراء بخـمسة قـال: بل أذنت لى فى البيع نَساء وفى الشراء بعشرة فـالقول قول الوكيل نص عليه أحمد واختاره القـاضى والتعليق الكبير فى المضاربة، لأنه أمين فى التصرف فكان القول قـوله فى صفته، كالخياط إذا قال: أذنت لى فى تفصيله قبـاء قال: بل قميصًا، وحكى عن مالك إن أدركت السلعة فـالقول فول الموكل، وإن فاتت فالقول قول الوكيل، لأنها إذا فاتت لـزم الوكيل الضمان، والأصل عدمه بخلاف ما إذا كانت موجودة، والقـول الأول أصح لوجهين: **أحدهـما:** أنهما اختلفـا فى التوكيل الذى يدعيه الموكل فكان القول قول من ينفيه، كـما لو لم يقر الموكل بتوكيله فى غيره **والثــانى:**

فـصل: وإن وكله فى بيع عبد أو حيوان أو عقار ونحوه أو شـرائه لم يملك العقد على بعضه، لأن التوكيل تناول جميعه، وفى التبعيض إضرار بالموكل وتشقيص لملكه ولم يأذن فيه وإن وكله فى بيع عبـيد أو شرائهم ملك العقـد عليهم جملة واحـدة، واحدًا واحدًا (٢١)، لأن الإذن يتناول العقـد عليهم جملة، والعرف فى بيـعهم وشرائهم العقـد على واحد واحد، ولا ضرر فى جمعهم ولا إفرادهم، وإن قال اشتر لى عـبيدًا صفقة واحدة أو واحدًا واحدًا أو بعهم لم تجز مخالفته، لأن تنصيصه على ذلك يدل على غرضه فيه فلم يتناول إذنه سواه، وإن قال: اشتر لى عبدين صفقة فاشترى عبدين لاثنين مشتركين بينهما من وكيلهما، أو من أحدهما بإذن الآخر جاز، وإن كان لكل واحـد منهما عبد مفـرد فاشتراهما من المالكين بأن أوجـبا له البيع فيهما وقبل ذلك منهما بلفظ واحد، فقال القاضى: لا يلزم الموكل، وهو مذهب الشافعى لأن عقـد الواحد مع الاثـنين عقـدان، ويحتمـل أن يلزمه، لأن القـبول هو الشـراء وهو متـحد، والغرض لا يختلف، وإن اشتـراهما من وكيلهما وعين ثمن كل واحد منهـما، مثل أن يقول: بعتك هذين العبدين هذا بمائة وهذا بمائتين، فقـال، قبلت احتمل أيضًا وجهين، وإن لم يعين ثمن كل واحد منهـما لم يصح البيع فى أحد الوجهـين، لأن ثمن كل واحد منهما مـجهول، ويحتمل أن يصح ويسقط الثمن على قدر قيمتهما.

أنهما اختلفا فى صفة قول الموكل فكان القـول قوله فى صفة كلامه، كما لو اختلف الزوجان فى صفة الطلاق، فعلى هذا إذا قال: اشتـريت لك هذه الجارية بإذنك، فقال ما أذنت إلا فى شراء غيرها أو قال: اشتريتها لك بألفـين فقال: ما أذنت لك فى شرائها إلا بألف فالقول قول الموكل وعليه اليمين، فإذا حلف برئ من الشراء، ثم لا يخلو إما أن يكون الشراء بعين المال أو فى الذمة، فإن كان بعين المال فـالبيع باطل ويرد الجارية على البائع إن اعترف بذلك، وإن كذبه فى أن الشراء لغـيره أو بمال غيـره بغير إذنه القول قول البـائع، لأن الظاهر أن ما فى يد الإنسـان له، فإن ادعى الوكـيل علمه بذلك حلـف أنه لا يعلم أنه اشتـراه بمال مـوكله، لأنه يحلف على نفى فعل غـيره، فإذا حلف مضى البـيع وعلى الوكيل غرامة الثـمن لموكله ودفع الثمن إلى البائع وتبقى الجارية فى يده لا تحل له، لأنه إن كان صادقًا فهى للموكل، وإن كان كاذبًا فهى للبائع، فـإن أراد استحلالها اشتراها ممن هى له فى الباطن فـإن امتنع من بيعه إياها رفع الأمر إلى الحاكم ليرفق به ليبيعه إياها ليثبت الملك له ظاهرًا وباطنًا ويصير ما ثبت له فى ذمته ثمنًا قصاصًا بالثمن الذى أخذ منه الآخر ظلـمًا، فإن امتنع الآخر من البيع لم يجبر عليه، لأنه عقد مـراضاة، فإن قال له: إن كانت الجـارية لى فقد بعتكهـا، أو قال الموكل: إن كنت أذنت لك فى شرائها بألفين فقد بعـتكها ففيه وجهان: **إحدهـما**: لا يصح وهو قـول القاضى وبعض الشافعية، لأنه بيع معلق على شرط **والثـانى**: يصح لأن هذا أمر واقع يعلمـان وجوده

---

(٢١) فى المطبوعة: جملة، وواحدًا واحدًا.

فـــصـل: فإن دفع إليه دراهم وقـال له اشتر لى بهذه عـبداً كان له أن يشتريه بـعينها وفى الذمــة، لأن الشراء يقع على هذين الوجهين، فإذا أطلق الوكالة كـان له فعل ما شاء منهما، وإن قال اشتر بعينها فاشتراه فى ذمته ثم نقدها لم يلزم الموكل لأنه إذا تعين الثمن انفسخ العقد بتلفه أو كونه مغصوبًا، ولم يلزمه ثمن فى ذمته وهذا غرض للموكل، فلم تجز مخالفته، ويقع الشراء للوكيل، وهل يقف عـلى إجازة الموكل؟ على روايتين، وإن قال: اشـتر لى فى ذمتك وانقد هذه الدراهم ثمنًا فـاشتراه بعـينها، فقال أصـحابنا: يلزم الموكل، لأنه أذن له فى عـقد يلزمه به الـثمن مع بقاء الدراهم وتـلفها، فكان إذنًا فى عـبد لا يلزمـه الثمن إلا مع بقـائها، ويحتمل أن لا يـصح، لأنه قد يكون له غرض فى الشراء بغـير عينها، لكونهـا فيها شـبهة لا يجب أن يشترى بها أو يجب وقوع العقد على وجه لا ينفسخ بتلفها ولا يبطل بتحريمها، وهذا غرض صحيح، فلا يجوز تفويته عليه كما لم يجز تفويت غرضه فى الصورة الأولى، ومذهب الشافعى فى هذا كله كنحو ما ذكرناه.

فلا يصح جـعله شرطًا، كما لو قـال: إن كانت هذه الجارية جـارية فقد بعتكهـا وكذلك كل شرط علما وجوده فإنه لا يوجب وقوف البيع ولا شكّا فـيه، وإن كان الوكيل اشترى فى الذمة ثم نقد الثـمن صح الشراء ولزم الوكيل فى الظاهر، فأمـا فى الباطن فإن كان كـاذبًا فى دعواه فالجـارية لموكله، فـإذا أراد إحلالهـا توصل إلى شرائهـا منه كمـا ذكرنا وكل مـوضع كانت للموكل فى الباطن وامتنع من بيعها للوكيل فقد حصلت فى يد الوكيل وهى للموكل وفى ذمته ثمنها فى الوكيل فـأقرب الوجوه أن يأذن للحاكم فى بيعـها وتوفية حقه من ثمنهـا، فإن كانت للوكيل فقد بيعت بإذنه، وإن كانت للموكل فقـد باعها الحاكم فى إيفاء دين امتنع المدين من وفائه، وقـد قيل غيـر ما ذكـرنا، وهذا أقرب ـ إن شاء الله تعـالى ـ وإن اشتراهـا الوكيل من الحاكم بماله على الموكل جاز، لأنه قائم مقام الموكل فى ذلك أشبه ما لو اشترى منه.

فـصل: ولو وكله فى بيع عبد فباعه نسيئة قال الموكل: ما أذنت فى بيعه إلا نقدًا فصدقه الوكيل والمشترى فسد البيع وله مطالبة من شاء منهما بالعبد إن كان باقيًا وبقيمته إن تلف، فإن أخذ القيـمة من الوكيل رجع على المشترى بـها لأن التلف فى يده فاستقر الضـمان عليه وإن أخذها من المشـترى لم يرجع بالضمان على أحـد، وإن كذباه وادعيا أنه أذن فى البيع نسـيئة فعلى قـول القاضى يحلف المـوكل ويرجع فى العين إن كانت قـائمة، وإن كـانت تالفة رجع المشتـرى على الوكيل بالثمن الذى أخذه منه، لأنه لم يسلم له المـنع، وإن ضمن الوكيل لم يرجع على المشترى فى الحال، لأنه يقر بصحة البيع وتأجيل الثمن، وأن البائع ظلمه بالرجوع عليـه، وأنه إنما يـستـحق المطالبـة بالثمـن بعد الأجل، فـإذا حل الأجل رجع الوكـيل على المشترى بأقل الأمـرين من القيمة أو الثمن المسـمى، لأن القيمة إن كانت أقل فمـا غرم أكثر منها، فلم يرجع بأكثر ممـا غرم، وإن كان الثمن أقل فالوكيل معترف للمـشترى أنه لا يستحق

فـصل: وإن عَيَّنَ له الشراء بنقد أو حالاً لم تجـز مخالفته، وإن أذن له فى النسيئة والبيع بأى نقد شاء جاز، وإن أطلق لم يبع إلا حلاً بنقد البلد لأن الأصل فى البيع الحلول، وإطلاق النقد ينصـرف إلى نقد البلد ولهذا لو باع عبـده بعشرة دراهم وأطلق حـمل على الحلول بنقد البلد وإن كـان فى البلد نقدان باع بأغلـبهمـا، فإن تسـاويا باع بمـا شاء منهـما، وبهـذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفـة وصاحباه: له البيع نَساء لأنه معتاد فأشبـه الحال، ويتخرج لنا مثل ذلك بناء على الرواية فى المضارب وقد ذكرناها والأولى أولى، لأنه لو أطلق البيع حمل على الحلول، فكذلك إذا أطلق الوكالة فيه، ولا نسلم تساوى العادة فـيهما، فإن بيع بالحال أكثر، ويفارق المضاربة لوجهين: **أحدهـما:** أن المقصود من المضاربة الربح لا دفع الحاجة بالثمن فى الحال، وقد يكون المقصود فى الوكالة دفع حاجة ناجزة تفوت بتأخير الثمن، **والثانى:** أن استيفـاء الثمن فى المضاربة على المضارب، فيعود ضرر التأخير فى التقـاضى عليه، وهـهنا بخلافه، فلا يرضى به الموكل، ولأن الضرر فى تَوَى الثمن[٢٢] على المضارب، لأنه يحسب من الربح لكون الربح وقاية لرأس المال وهـهنا يعود على الموكل فانقطع الإلحاق.

عليه أكثر منه وإن المـوكل ظلمه بأخذ الزائد على الثمن فلا يرجع على المـشترى بما ظلم به الموكل، وإن كـذبه أحدهما دون الآخـر فله الرجوع على المصـدق بغير يمـين ويحلف على المكذب ويرجع على حسب ما ذكرناه، هذا إن اعترف المشترى بالوكالة وإن أنكر ذلك وقال: إنما بعتنى ملكك فالقول قوله مع يمينه أنه لا يعلم كونه وكيلاً ولا يرجع عليه بشىء.

فـــصل: إذا قبض الوكيل ثـمن المبيع فهو أمـانة فى يده لا يلزمه تسليمه قـبل طلبه ولا يضمنه بتـأخيره، لأنه رضى بكونه فى يده، فإن طلبه فـأخر رده مع إمكانه فتلف ضمنه، وإن وعده رده ثم ادعى إنى كنت رددته قبل طلبه أو أنه كان تلف لم يقبل قوله، لأنه مكذب لنفسه بوعده رده، فإن صدقه الموكل برئ فإن كذبه فـالقول قول الموكل، فإن أقام ببينة بذلك قبلت فى أحد الوجـهين، لأنه يبـرأ بتصـديق الموكل فكذلك إذا قـامت له بينة، لأن البيـنة إحدى الحجتين فبرئ بها كالإقرار، والثـانى لا يقبل، لأنه كذبها بوعده بالدفع بخلاف ما إذا صدقه، لأنه أقر ببراءته فلم يبق له منازع، وإن لم يعده برده لكن منعه أو مطله مع إمكانه ثم ادعى الرد أو التلف لم يقبل قوله إلا ببينة، أنه صار بالمنع خارجًا عن حال الأمانة وتسمع بينته، لأنه لم يكذبها.

48- مـسـألة: (وإن قال: أذنت لى أن أتزوج لك فـلانة ففعلت وصـدقته المـرأة فأنكر فالقول قول المنكر بغير يمين وهل يلزم الوكيل نصف الصداق؟ على وجهين).

وجملة ذلك أن الوكيل والموكل إذا اختلفا فى أصل الوكالة فقال: وكلتنى فأنكر الموكل فالقـول قوله لأن الأصل عدم الوكالة ولـم يثبت أنه أمينه فيـقبل قوله عليـه ولو قال: وكلتك

---

(٢٢) توى الثمن: هلاكه.

فـصل: إذا وكله فى بيع سلعة نسيئة فباعها نقداً بدون ثمنها نسيئة أو بدون ما عينه له لم ينفذ بيعه لأنه مخالف لموكله، لأنه رضى بثمن النسيئة دون النقد، وإن باعها نقدًا بما تساوى نسيئة أو عين له ثمنها فباعها به نقدًا فـقال القاضى: يصح لأنه زاده خيرًا فكان مأذونًا فيه عرفًا فأشبه ما لو وكله فى بيعها بعشرة فباعها بكثر منها ويحتمل أن ينظر فيه، فإن لم يكن له غرض فى النسيئـة صح، وإن كان فيها غرض نحـو أن يكون الثمن مما يستضـر بحفظه فى الحال أو يخاف عليه من التلف أو المـتغلبين، أو يتغير عن حاله إلى وقت الـحلول فهو كمن لم يؤذن له، لأن حكم الحلول لا يتناول المسكوت عنه إلا إذا علم أنه فى المصلحة كالمنطوق أو أكثر فيكون الحكم فيه ثابتًا بطريق التنبيه أو المماثلة ومتى كان فى المنطوق به غرض مختص له لم يجز تفويته ولا ثبوت الحكم فى غيره، وقد ذكر القاضى نحو هذا فى موضع آخر.

ودفعت إليك مالاً فأنكر الوكيل ذلك كله أو اعترف بالتوكيل وأنكر دفع المال إليه فالقول قوله لذلك، ولو قال رجل لآخـر: وكلتنى أن أتزوج لك فلانة فـفعلت وادعت المـرأة ذلك فأنكر الموكل فالقول قوله نص عليه أحمد فقال: إن أقام البينة وإلا فلا يلزم الآخر عقد النكاح، قال أحمد: ولا يستحلف، قال القاضى: لأن الوكيل يدعى حقًا لغيره، فأما إن ادعته المرأة فينبغى أن يستـحلف لأنها تدعى الصداق فى ذمتـه فإذا حلف لم يلزمه الصـداق ولم يلزم الوكيل منه شىء لأن دعوى المرأة على الموكل وحقوق العقد لا تتعلق بالوكيل، ونقل إسحاق بن إبراهيم عن أحمد أن الوكيل يلزمه نصف الصداق لأن الوكيل فى الشراء ضامن للثمن، وللبائع مطالبته كذا ههنا، ولأنه فـرط حيث لم يشهد علـى الزوج بالعقد والصداق والأول أولى لمـا ذكرناه، ويفارق الشـراء لأن الثمن مقصـود البائع والعادة تعجـيله وأخذه من المتـولى للشراء والنكاح يخالفه فى هذا كله، فإن كان الوكيل ضمن المهـر فلها الرجوع عليه بنصفه لأنه ضمنه الموكل وهو مقر بأنه فى ذمتـه، وبهذا قال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعى وقال مـحمد بن الحسن: يلزم الوكيل جميع الصداق لأن الفرقة لم تقع بإنكاره فيكون ثابتًا فى الباطن فيجب جميعه.

ولنا: أنه يملك الطلاق فإذا أنكر فقد أقر بتحريمها عليه فصار بمنزلة إيقاعه لما تحرم به، قال أحـمد: ولا يـتزوج المـرأة حتى يطلق لعله يكـون كاذبًا فى إنكاره، وظاهر هذا تحـريم نكاحها قبل طلاقها لأنها معترفة أنها زوجة له فيؤخذ بإقرارها، وإنكاره ليس بطلاق وهل يلزم الموكل طلاقها؟ فـيه احتمالان: **أحدهـما:** لا يلزم لأنه لم يثبت فى حـقه نكاح ولو ثبت لم يكلف الطلاق ويحتمل أن يلزمه لإزالة الاحتمال وإزالة الضرر عنها بما لا ضرر عليه فيه فأشبه النكاح الفاسد، ولـو مات أحدهما لم يرثه الآخر لأنه لم يثـبت صداقها فتـرث وهو ينكر أنها زوجته فلا يرثها، ولو ادعى أن فلانًا الغائب وكيـله فى تزوج امرأة فتزوجها له ثم مات الغائب لم ترثه المرأة إلا بتصديق الورثة أو يثبت ببينة، وإن أقر الموكل بالتوكيل فى التزويج وأنكر أن يكون تزوج له فإن القول قول الوكيل فيه فيثبت التزويج ههنا وقال القاضى: لا يثبت وهو قول

فـــصـل: **وإن وكله فى الشراء بثمن نقداً فاشتراه نسيئة بأكثر من ثمن النقد لم يقع للموكل،** وإن اشتراه نسيئة بثمنه نقداً أو بما عينه له فهى كالتى قبلها، ويصح للموكل فى قول القاضى، وعلى ما ذكرنا ينظر فى ذلك فإن كان فيه ضرر نحو أن يستضر ببقاء الثمن معه ونحو ذلك لم يجز، كقولنا فى التى قبلها، ولأصحاب الشافعى فى صحة الشراء وجهان.

أبى حنيفة لأنه لا تتعذر إقامة البينة عليه لكونه لا ينعقد إلا بها، وذكر أن أحمد نص عليه وأشار إلى نصه فيما إذا أنكر الموكل الوكالة من أصلها.

ولنا أنهما اختلفا فى فعل الوكيل ما أمره به فكان القول قوله كما لو وكله فى بيع ثوب فادعى بيعه أو فى شراء عبد بألف فادعى أنه اشتراه به، وما ذكره القاضى من نص أحمد عليه فيما إذا أنكر الموكل الوكالة فليس بنص ههنا لاختلاف أحكام الصورتين وتباينهما فلا يكون النص فى إحداهما نصًا فى الآخر، وما ذكره من المعنى لا أصل له فلا يعول عليه.

فـصل: ولو غاب رجل فجاء رجل إلى امرأته فذكر أن زوجها طلقها وأبانها ووكله فى تجديد نكاحها بألف فأذنت فى نكاحها فعقد عليها عليها وضمن الوكيل الألف ثم جاء زوجها وأنكر هذا كله فالقول قوله والنكاح الأول بحاله، وقياس ما ذكرناه أن المرأة إن صدقت الوكيل لزمه الألف إلا أن يبينها زوجها قبل دخوله بها، وحكى ذلك عن مالك وزفر وحكى عن أبى حنيفة والشافعى أنه لا يلزم الضامن شىء لأنه فرع على المضمون عنه والمضمون عنه لا يلزمه شىء فكذلك فرعه.

ولنا: أن الوكيل مقر بأن الحق فى ذمة المضمون عنه وأنه ضامن عنه فلزمه ما أقر به كما لو ادعى على رجل أنه ضمن ألفًا على أجنبى فأقر الضامن بالضمان وصحته وثبوت الحق فى ذمة المضمون عنه وكما لو ادعى شفعة على إنسان فى شقص اشتراه فأقر البائع وأنكر المشترى فإن الشفيع يستحق الشفعة فى أصح الوجهين، فإن لم تَدَّعِ المرأة صحة ما ذكره الوكيل فلا شىء عليه، ويحتمل أن من أسقط عنه الضمان أسقطه فى هذه الصورة، ومن أوجبه أوجبه فى الصورة الأخرى فلا يكون بينهما اختلاف، والله أعلم.

49- **مسألة:** **(ويجوز التوكيل بجعل وبغيره)** لأنه تصرف لغيره لا يلزمه فجاز أخذ الجعل عليه كرد الآبق.

ويجوز بغيره بغير خلاف فإذا وكله بجعل فباع استحق الجعل قبل قبض الثمن لتحقق البيع قبل قبضه فإن قال فى التوكيل: فإذا أسلمت إلىّ الثمن فلك كذا، وقف استحقاقه على التسليم إليه لاشتراطه إياه ولو قال: بع ثوبى بعشرة فما زاد فلك صح، نص عليه، وروى ذلك عن ابن عباس وهو قول ابن سيرين وإسحاق وكرهه النخعى وحماد وأبو حنيفة والثورى والشافعى وابن المنذر لأنه أجر مجهول يحتمل الوجود.

ولنا: أن عطاء روى عن ابن عباس أنه كان لا يرى بأسًا أن يعطى الرجل الرجل الثوب أو

فـصل: وليس له أن يبيع بدون ثمن المثل، أو دون ما قـدره له ولا يشترى بأكثر من ثمن المثل أو أكثر مما قدر له، وبهذا قال الشافعى وأبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: إذا أطلق الوكالة فى البيع فله البيع بأى ثمن كان لأن لفظه فى الإذن مطلق فيجب حمله على إطلاقه.

غيره فـيقول بعه بكذا فـما ازددت فهو لك، ولا يعرف له فى عـصره مخالف فكان إجـماعًا، لأنها عين تنمى بـالعمل عليها أشبـه دفع ماله مضاربة، إذا ثبت ذلك فـإذا باعه بزيادة فهى له لأنه جعلها له وإن باعه بما عينه فلا شىء له لأنه جعل له الزيادة ولا زيادة فهو كالمضارب إذا لم يربح، وإن باعه بنقص فعنه لا يصح لمخالفـته فإن تعذر ضمن النقص وعنه يصح ويضمن النقص وقد ذكـرنا ذلك، وإن باعه نسيئـة لم يصح، ولا يستحق الوكـيل وإن باعه بزيادة نص عليه أحمد فى رواية الأثرم.

فـصل: إذا وكله فى شراء شىء فاشترى غيره مثل أن يوكله فى شراء عبد فاشترى جارية فإن كان الشراء بعين مـال الموكل فالشراء باطل فى أصح الروايتين، وهو مذهب الشـافعى، وعن أحمـد أنه يصح ويقف على إجـازة المالك فـإن أجازه صح وإلا بطل، وهو قـول مالك وإسحاق وقد ذكرناه فى كـتاب البيع، فإن كان اشتراه فى ذمته ثم نقد الثـمن فالشراء صحيح، لأنه إنما اشترى بثمن فى ذمته وليس ذلك ملكًا لغـيره، وقال أصحاب الشافعى: لا يصح فى أحد الوجهين، لأنه عقد على أنه للموكل ولم يأذن فيه فلم يصح كما لو اشترى بعين ماله.

ولنا: أنه لم يتصرف فى ملك غـيره فصح كما لو لم ينوه لغـيره إذا ثبت ذلك فروى عن أحمـد روايتان: **إحداهـما:** الشراء لازم للمشترى وهو الوجه الـثانى لأصحاب الشافعى، لأنه اشترى فى ذمته بغيـر إذنه فكان الشراء له كما لو لم ينو غيره، **والثـانيـة:** يقف على إجـازة الموكل إن أجازة لزمه، وإن لم يجزه لزم الوكيل، لأنه لا يجوز أن يلزم الموكل لكونه لم يأذن فى شرائه ولزم الوكيل، لأن الشراء صـدر منه ولم يثبت لغيره فثبت فى حقـه، كما لو اشتراه لنفسه، وهكذا ذكر الخرقى وهذا حكم كل من اشترى شيئًـا فى ذمته لغيره بغير إذنه سواء كان وكيلاً للذى قصد الشراء له أو لم يكن.

فـصل: وإن وكله فى أن يتزوج له امرأة فتزوج له غيرها أو تزوج له بغير إذنه فالعقد فاسد بكل حال فى إحـدى الروايتين، وهو مذهب الشافعى، لأن من شرط صـحة عقد النكاح ذكر الزوج فإذا كان بغير إذنه لم يقع له ولا للوكيل، لأن المقصود أعيان الزوجين بخلاف البيع فإنه يجوز أن يشترى له من غير تسـمية المشترى له، **والثـانيـة:** يصح النكاح ويقف على إجـازة المتـزوج فإن أجازه صح، وإلا بطل، وهو مـذهب أبى حنيفة، والقول فـيه كالقـول فى البيع على ما تقدم.

فـصل: قال القاضى: إذا قال لرجل اشتـر لى بدينى عليك طعامًا لم يصح، ولو قال: أسلف لى ألفًا من ملكك فى كر طعام ففـعل لم يصح أيضًا، لأنه لا يجوز أن يشترى الإنسان

ولنا: أنه توكيل مطلق فى عقد معاوضة فاقتضى ثمن المثل كالشراء، فإنه وافق عليه، وما ذكره ينتقض بالشراء، فإن باع بأقل من ثمن المثل أو اشترى بأكثر منه مما لايتغابن الناس بمثله أو باع بدون ما قدره له أو اشترى بأكثر منه فحكمه حكم من لم يؤذن له فى البيع والشراء، وهذا قول الشافعى، وعن أحمد: أن البيع جائز دون الشراء، ويضمن الوكيل النقص، لأن من صح بيعه بثمن المثل صح بدونه كالمريض، فعلى هذه الرواية يكون البيع صحيحًا، وعلى الوكيل ضمان النقص، وفى قدره وجهان: **أحدهما:** ما بين المثل وما باعه به، **والثانى:** ما بين ما يتغابن الناس به، وما لا يتغابن الناس به، لأنه ما يتغابن الناس به يصح

بماله ما يملكه غيره، وإن قال: اشتر لى فى ذمتك أو قال أسلف لى ألفًا فى كر طعام واقض الثمن عنى من مالك أو من الدين الذى عليك صح، لأنه إذا اشترى فى الذمة حصل الشراء للموكل والثمن عليه، فإذا قضاه من الدين الذى عليه فقد دفع الدين إلى من أمره صاحب الدين بدفعه إليه، وإن قضاه من ماله عن دين السلف الذى عليه صار قرضًا عليه.

فصل: قال أحمد فى رواية أبى الحارث فى رجل له على آخر دراهم فبعث إليه رسولاً يقبضها فبعث إليه مع الرسول دينارًا فضاع مع الرسول فهو من مال الباعث، لأنه لم يأمره بمصارفته إنما كان من ضمان الباعث، لأنه دفع إلى الرسول غير ما أمره به المرسل، لأن المرسل إنما أمره بقبض الدراهم ولم يدفعها إنما دفع دينارًا عوضًا عنه، وهذا صرف يفتقر إلى إذن صاحب الدين ومصارفته به، فإذا تلف فى يد وكيله كان من ضمانه، اللهم إلا أن يخبر الرسول الغريم أن رب الدين أذن له فى قبض الدينار عن الدراهم فيكون من ضمان الرسول، لأنه غره وأخذ الدينار على أنه وكيل للمرسل، وإن قبض الدراهم التى أمر بقبضها فضاعت من الرسول بغير تفريط فهى من ضمان صاحب الدين، وقال أحمد فى رواية مهنا فى رجل له عند آخر دنانير وثياب فبعث إليه رسولاً وقال خذ دينارًا أو ثوبًا فأخذ دينارين وثوبين فضاعت فالضمان على الباعث يعنى الذى أعطاه الدينارين والثوبين، ويرجع به على الرسول يعنى عليه ضمان الدينار والثوب الزائدين، إنما جعل عليه الضمان لأنه دفعهما إلى من لم يؤمر بدفعهما إليه، ورجع بهما على الرسول لأنه غره وحصل التلف فى يده فاستقر الضمان عليه وللموكل تضمين الوكيل، لأنه تعدى بقبض ما لم يؤمر بقبضه، فإذا ضمنه لم يرجع على أحد، لأن التلف حصل فى يده فاستقر الضمان عليه، وقال أحمد فى رجل وكل وكيلاً فى اقتضاء دينه وغاب فأخذ الوكيل به رهنًا فتلف الرهن فى يد الوكيل فقال: أساء الوكيل فى أخذ الرهن ولا ضمان عليه إنما لم يضمنه، لأنه رهن فاسد، والقبض فى العقد الفاسد كالقبض فى العقد الصحيح، فما كان القبض فى صحيحه مضمونًا كان مضمونًا فى فاسده وما كان غير مضمون فى صحيحه كان غير مضمون فى فاسده، ونقل البغوى عن أحمد فى رجل أعطى آخر دراهم ليشترى له بها شاة فخلطها مع دراهمه فضاعا فلا شىء عليه، وإن ضاع أحدهما أيهما ضاع

بيعه به ولا ضمان عليه، والأول أقيس لأنه لم يؤذن للوكيل فى هذا البيع فأشبه بيع الأجنبى، ولو أذن له فى البيع لم يكن عليه ضمان فأشبه الشراء، وكل تصرف كان الوكيل مخالفًا فيه لموكله فحكمه فيه حكم تصرف الأجنبى على ما ذكر فى موضعه ـ إن شاء الله ـ وأما يتغابن الناس به عادة فمعفو عنه إذا لم يكن الموكل قدر له الثمن، لأن ما يتغابن الناس به يعد ثمن المثل، ولا يمكن التحرز عنه لو حضر من يزيد على ثمن المثل لم يجز أن يبيع بثمن المثل، لأن عليه الاحتياط وطلب الحظ لموكله، وإن باع المثل فحضر من يزيد فى مدة الخيار لم يلزمه فسخ العقد فى الصحيح، لأن الزيادة ممنوع منها منهى عنها، فلا يلزم الرجوع إليها ولأن المزايد قد لا يثبت على الزيادة فلا يلزم الفسخ بالشك، ويحتمل أن يلزمه ذلك، لأنها زيادة فى الثمن أمكن تحصيلها، فأشبه ما لو أجاز(٢٣) به قبل البيع والنهى يتوجه إلى الذى زاد لا إلى الوكيل، فأشبه من جاءته الزيادة قبل البيع وبعد الاتفاق عليه.

غرمه، قال القاضى: هذا محمول على أنه خلطها بما تتميز منه ويحتمل أنه أذن له فى خلطها، أما إن خلطها بما لا تتميز منه بغير إذنه ضمنها كالوديعة، وإنما لزمه الضمان إذا ضاع أحدهما، لأنه لا يعلم أن الضائع دراهم الموكل والأصل بقاؤها، ومعنى الضمان ههنا أنه يحسب الضائع من دراهم نفسه، فأما على المحمل الآخر وهو إذا خلطها بما تتميز منه فإذا ضاعت دراهم الموكل وحدها فلا ضمان عليه، لأنها ضاعت من غير تعد منه.

فصل: قال الشيخ رحمه الله (**فإن كان عليه حق لإنسان فادعى آخر أنه وكيل صاحبه فى قبضه فصدقه لم يلزمه الدفع إليه إلا أن تقوم به بينة، وإن لم تقم به بينة لم يلزمه الدفع إليه وإن صدقه**) وبه قال الشافعى، وسواء كان الحق فى ذمته أو وديعة عنده، وقال أبو حنيفة: يلزمه وفاء الدين إن صدقه، وفى الوديعة روايتان أشهرهما لا يجب تسليمها، لأنه أقر له بحق الاستيفاء فلزمه إيفاؤه كما لو أقر أنه وارثه.

ولنا: أنه تسليم لا يبرئه فلا يجب عليه، كما لو كان الحق عينًا، وكما لو أقر بأن هذا وصى الصغير وفارق الإقرار بكونه وارثه، لأنه يتضمن براءته، فإنه أقر بأنه لا حق لسواه.

50- **مسألة: (وإن كذبه لم يستحلف)** وقال أبو حنيفة يستحلف، وهذا مبنى على الخلاف فى وجوب الدفع مع التصديق، فمن أوجب عليه ثَمَّ أوجب عليه اليمين مع التكذيب كسائر الحقوق، ومن لم يوجب عليه الدفع مع التصديق لم يلزمه اليمين مع التكذيب لعدم فائدتها.

51- **مسألة:** (**فإن دفعه إليه فأنكر صاحب الحق الوكالة وحلف رجع على الدافع وحده**).

وجملة ذلك أن من عليه الحق إذا دفعه إلى الوكيل مع التصديق أو عدمه فحضر الموكل

---

(٢٣) فى المطبوعة: «جاء».

فـصل: ومن وكل فى بيع عبد بمائة فباعه بأكثر منها صح، سواء كانت الزيادة كثيرة أو قليلة، لأنه باع بالمأذون فيه وزاد زيادة تنفعه ولا تضره وسواء كانت الزيادة من جنس الثمن المأمور به أو من غير جنسه مثل أن يأذن فى بيعه بمائة درهم فيبعه بمائة درهم ودينار أو ثوب، وقال أصحاب غير الشافعى: لا يصح بيعه بمائة وثوب فى أحد الوجهين، لأنه من جنس الأثمان.

وصدق الوكيل برئ الدافع، وإن كذبه فالقول قوله مع يمينه، لأنه منكر، فإذا حلف وكان الحق دينًا لم يرجع إلا على الدافع وحده، لأن حقه فى ذمته ولم يبرأ منه بتسليمه إلى غير وكيل صاحب الحق والذى أخذه الوكيل عين مال الدافع فى زعم صاحب الحق، والوكيل والدافع يزعمان أنه صار ملكًا لصاحب الحق وأنه ظالم للدافع بالأخذ منه فيرجع الدافع فيما أخذ منه الوكيل ويكون قصاصًا مما أخذ منه صاحب الحق، وإن كان قد تلف فى يد الوكيل لم يرجع عليه بشىء لأنه مقر بأنه أمين لا ضمان عليه إلا أن يتلف بتعديه وتفريطه فيرجع عليه.

52- مسألة: (وإن كان المدفوع وديعة فوجدها أخذها، وإن تلف فله تضمين أيهما شاء ولا يرجع من ضمنه على الآخر بشىء) .

إذا كان المدفوع عينًا فوجدها صاحبها أخذها وله مطالبة من شاء بردها لأن الدافع دفعها إلى غير مستحقها، والوكيل عيّن ماله فى يده فإن طالب الدافع فللدافع مطالبة الوكيل بها وأخذها من يده ليسلمها إلى صاحبها، فإن تلفت العين أو تعذر ردها فلصاحبها الرجوع ببدلها على من شاء منهما لأن الدافع ضمنها بالدفع والقابض قبض ما لا يستحق قبضه وأيهما ضمنه لم يرجع على الآخر لأن كل واحد منهما يدعى أن ما يأخذه ظلم ويقر بأنه لم يؤخذ من صاحبه بتعد فلا يرجع على صاحبه بظلم غيره إلا أن يكون الدافع دفعها إلى الوكيل من غير تصديق فيرجع على الوكيل لكونه لم يقر بوكالته ولم تثبت ببينة، وإن ضمن الوكيل لم يرجع على الدافع وإن صدقه لكن إن كان الوكيل تعدى فيها أو فرط استقر الضمان عليه فإن ضمن لم يرجع على أحد وإن ضمن الدافع رجع عليه لأنه وإن كان يقر بأنه قبضه قبضًا شرعيًا لكن إنما لزمه الضمان لتفريطه وتعديه فالدافع يقول: ظلمنى المالك بالرجوع علىّ وله على الوكيل حق يعترف به الوكيل يرجع عليه به.

53- مسألة: (فإن كان ادعى أن صاحب الحق أحاله ففى وجوب الدفع إليه مع التصديق واليمين مع الإنكار وجهان):

أحدهما: لا يلزمه الدفع إليه لأن الدفع إليه غير مبرئ لاحتمال أن ينكر المحيل الحوالة ويضمنه فأشبه المدعى للوكالة، **والثانى**: يلزمه الدفع إليه لأنه معترف أن الحق انتقل إليه أشبه الوارث والأول أشبه لأن العلة فى جواز منع الوكيل كون الدافع لا يبرئ وهى موجودة ههنا

ولنا: أنها زيادة تنفعه ولا تضره، أشبه ما لو باعه بمائة ودينار، ولأن الإذن فى بيعه بمائة إذن فى بيعــه بزيادة عليها عــرفًا، لأن من رضى بمائة لا يـكره أن يزاد عليها ثوب ينفــعه ولا يضره، وإن باعــه بمائة دينار أو بتسـعين درهمًا وعشـرة دنانير وأشبــاه ذلك، أو بمائة ثوب أو بثمــانين درهمًا وعــشرين ثوبًا لم يصح، ذكــره القاضى، وهو مــذهب الشافعــى، لأنه خالف موكله فى الجنس فأشبــه ما لو باعه بثوب يساوى أكثر من مائة درهم، ويحــتمل أن يصح فيما إذا جعل مكان الدارهم دنــانير أو مكان بعضــها، لأنه مأذون فــيه عرفًــا فإن من رضى بدرهم رضى مكانه بدينار يجرى مجرى بيعه بمائة درهم ودينار، وأما الثياب فلا يصح بيعه بها، لأنها من غير جنس الأثمان.

فــصل: **وإن وكله فى بيع عبد بمائة فباع نصفه بهــا أو وكله مطلقًا فباع نصفه بثمن الكل جــاز**، لأنه مأذون فيه من جهة العرف، فإن من رضى مائة ثمنًا للكل رضى بها ثمنًا للنصف، ولأنه حصل له المائة وأبقى له زيادة تنفعــه ولا تضره، وله بيع النصف الآخر، لأنه مأذون فى بيعه فأشبه ما لو باع العبد كله بمثلى ثمنه، ويحتمل ألا يجوز له بيعه، لأنه قد حصل للموكل غرضه مــن الثمن ببيع نصفــه، فربما لا يؤثر بيع باقيــه للغنى عن بيعه بمــا حصل له من ثمن نصفه، وهكذا القول فى توكيله فى بيع عبــدين بمائة إذا باع أحدهما بها صح، وهل يكون له بيع العبد الآخــر على وجهين فأما إن وكله فى بيع عــبده بمائة فباع بعــضه بأقل منها لم يصح وإن وكله مطلقًــا فباع بعــضه بأقل من ثمــن الكل لم يجز، وبهــذا قال الشافــعى وأبو يوسف ومحمد، وقــال أبو حنيفة: يجوز فيما إذا أطلق الــوكالة بناء على أصله فى أن للوكيل المطلق البيع بما شاء.

والعلة فى وجــوب الدفع إلى الوارث كونه مــستــحقّــا، والدفع إليه يبــرئ وهو متــخلف ههنا فإلحاقــه بالوكيل أولى، وإن قلنا يلزمه الدفع مع الإقرار لزمتــه اليمين مع الإنكار وإن قلنا: لا يلزمه الــدفع مع التصديق لــم تلزمه اليمــين مع الإنكار لعدم الفــائدة فيــها ومثــل هذا مذهب الشافعى.

54- مــســألة: **(وإن ادعى أنه مات وأنا وارثه فـصدقـه أنه وارث الحق لا وارث له سواه لزمه الدفـع إليه)** بغير خلاف نعلمه لأنه مقر له بالحــق وأنه يبرأ بهذا الدفع فلزمه كما لو جاء صاحب الحق، وإن أنكر لزمته اليمين أنه لا يعلم صحة ما قال لأن اليمين ههنا على نفى فعل الغيــر فكانت على نفى العلم وإنمــا لزمته اليــمين ههنا لأن من لزمــه الدفع مع الإقرار لزمــته اليمين مع الإنكار كسائر الحقوق المالية.

فــصل: ومن طلب منه حق فامتنع من دفعه حتى يشهد القابض على نفسه بالقبض وكان الحق عليه بغير بينة لم يلزم القابض الإشــهاد لأنه لا ضرر فى ذلك فإنه متى ادعى الحق على الدافع بعد ذلك قــال: لا تستحق علىّ شيئًــا والقول قوله مع يمينه، وإن كــان الحق ثبت ببينة

ولنا: أن على الموكل ضرراً فى تبعيضه، ولم يوجد الإذن فيه نطقًا ولا عرفًا فلم يجز كما لو وكله فى شراء عبد فاشترى نصفه.

فصل: وإن وكله فى شراء عبد بعينه بمائة فاشتراه بخمسين أو بما دون المائة صح، ولزم الموكل، لأنه مأذون فيه من جهة العرف، وإن قال: لا تشتره بأقل من مائة فخالفه لم يجز، لأنه خالف نصه وصريح قوله مقدم على دلالة العرف، فإن قال: اشتره بمائة ولا تشتره بخمسين جاز له شراؤه بما فوق الخمسين، لأن إذنه فى الشراء بمائة دل عرفًا على الشراء بما دونها خرج منه الخمسون بصريح النهى بقى فيما فوقها على مقتضى الإذن وإن اشتراه بأقل من الخمسين ففيه وجهان: **أحدهما:** يجوز لذلك، ولأنه لم يخالف صريح نهيه أشبه ما زاد على الخمسين، **والثاني:** لا يجوز لأنه نهاه عن الخمسين استقلالاً لها، فكان تنبيهًا على النهى عما هو أقل منهما كما أن الإذن فى الشراء بمائة إذن فيها دونها، فجرى ذلك مجرى صريح نهيه، فإن تنبيه الكلام كنصه، وإن قال: اشتره بمائة دينار فاشتراه بمائة درهم فالحكم فيه كما لو قال: بعه بمائة درهم فباعه بمائة دينار على ما مضى من القول فيه، وإن قال: اشتر لى نصفه بمائة فاشتراه كله أو أكثر من نصفه بمائة جاز لأنه مأذون فيه عرفًا. وإن قال: اشتر لى نصفه بمائة ولا تشتره جميعه فاشترى أكثر من النصف وأقل من الكل بمائة صح فى قياس المسألة التى قبلها، لكون دلالة العرف قاضية بالإذن فى شراء كل ما زاد على النصف خرج الجميع بصريح نهيه، ففيما عداه يبقى على مقتضى الإذن.

فصل: وإن وكله فى شراء عبد موصوف بمائة فاشتراه على الصفة بدونها جاز، لأنه مأذون فيه عرفًا، وإن خالفه فى الصفة أو اشتراه بأكثر منها لم يلزم الموكل، وإن قال: اشتر لى عبدًا بمائة فاشترى عبدًا يساوى مائة بدونها جاز، لأنه لو اشتراه بمائة جاز، فإذا اشتراه بدونها فقد زاده خيرًا فيجوز، وإن كان لا يساوى مائة لم يجز، وإن كان يساوى أكثر مما اشتراه به، لأنه خالف أمره ولم يحصل غرضه.

فصل: وإن وكله فى شراء شاة بدينار فاشترى شاتين تساوى كل واحدة منهما أقل من دينار لم يقع للموكل، وإن كانت كل واحدة منهما تساوى دينارًا أو إحداهما تساوى دينارًا والأخرى أقل من دينار صح ولزم الموكل، وهذا المشهور من مذهب الشافعى، وقال أبو

وكان من عليه الحق يقبل قوله فى الرد كالمودع والوكيل بلا جعل فكذلك لأنه متى ادعى عليه حق أو قامت به بينة فالقول فى الرد قوله، وإن كان ممن لا يقبل قوله فى الرد أو يختلف فى قبول قوله كالغاصب والمستعير والمرتهن لم يلزمه تسليم ما قبله إلا بالإشهاد لئلا ينكر القابض القبض ولا يقبل قول الدافع فى الرد وإن أنكر قامت عليه البينة، ومتى أشهد القابض على نفسه بالقبض لم يلزمه تسليم الوثيقة بالحق إلى من عليه الحق لأن بينة القبض تسقط البينة الأولى والكتاب ملكه فلا يلزمه تسليمه إلى غيره.

حنيفة: يقع للموكل إحدى الشاتين بنصف دينار والأخرى للوكيل، لأنه لم يرض إلا بإلزامه عهدة شاة واحدة.

ولنا: أن النبي ﷺ: «أعطى عروة بن الجعد ديناراً فقال: اشتر لنا به شاة قال: فأتيت الجلب فاشتريت شاتين بدينار، فجئت أسوقهما أو أقودهما، فلقينى رجل بالطريق فساومنى فبعت منه شاة بدينار، فأتيت النبي ﷺ بالدينار وبالشاة فقلت: يا رسول الله هذا ديناركم وهذه شاتكم قال: وصنعت كيف؟ فحدثته الحديث قال: «اللهم بارك له فى صفقة يمينه»(٢٤) ولأنه حصل له المأذون فيه وزيادة من جنسه تنفع ولا تضر فوقع ذلك له كما لو قال له: بعه بدينار فباعه بدينارين وما ذكره يبطل بالبيع، فإن باع الوكيل إحدى الشاتين بغير أمر الموكل ففيه وجهان: **أحدهما**: البيع باطل لأنه باع مال موكله بغير أمره فلم يجز، كبيع الشاتين، **والثاني**: إن كانت الباقية تساوى ديناراً جاز، لحديث عروة بن الجعد البارقى، ولأنه حصل له المقصود، والزيادة لو كانت غير الشاة جاز، فجاز له إبدالها بغيرها، وظاهر كلام أحمد صحة البيع، لأنه أخذ بحديث عروة وذهب إليه، وإذا قلنا: لا يجوز له بيع الشاة فباعها، فهل يقع البيع باطلاً أو صحيحاً موقوفاً على إجازة الموكل؟ على روايتين، وهذا أصل لكل من تصرف فى ملك غيره بغير إذنه ووكيل يخالف موكله، هل يقع باطلاً أو يصح ويقف على إجازة المالك؟ فيه روايتان، وللشافعى فى صحة البيع ههنا وجهان.

فصل: وإذا وكله فى شراء سلعة موصوفة لم يجز أن يشتريها إلا سليمة، لأن إطلاق البيع يقتضى السلامة، ولذلك جاز الرد بالعيب، فإن اشترى معيباً يعلم عيبه لم يلزم الموكل، لأنه اشترى غير ما أذن له فيه، وإن لم يعلم عيبه صح البيع، لأنه إنما يلزمه شراء الصحيح فى الظاهر لعجزه عن التحرز عن شراء معيب لا يعلم عيبه، فإذا علم عيبه ملك رده، ولأنه قائم فى الشراء مقام الموكل وللموكل رده أيضاً، لأن الملك له، فإن حضر قبل رد الوكيل ورضى بالعيب لم يكن للوكيل رده، لأن الحق له بخلاف المضارب، فإن له الرد، وإن رضى رب المال، لأن له حقا فلا يسقط برضى غيره، وإن لم يحضر فأراد الوكيل الرد فقال له البائع: توقف حتى يحضر الموكل، فربما رضى بالعيب لم يلزمه ذلك، لأنه لا يأمن فوات الرد لهرب البائع وفوات الثمن بتلفه، وإن أخره بناء على هذا القول فلم يرض به الموكل لم يسقط رده، وإن قلنا: الرد على الفور، لأنه أخره بإذن البائع فيه، وإن قال البائع: موكلك قد علم العيب فرضيه لم يقبل قوله إلا ببينة، فإن لم يكن له بينة لم يستحلف الوكيل إلا أن يدعى عليه فيحلف على نفى العلم، وبهذا قال الشافعى، وعن أبى حنيفة ﷺ: أنه لا يستحلف، لأنه لو حلف كان نائباً فى اليمين وليس بصحيح، فإنه لا نيابة ههنا، وإنما يحلف على نفى علمه، وهذا لا ينوب فيه عن أحد، فإن رد الوكيل وحضر الموكل، وقال: قد بلغنى العيب ورضيت به وصدقه البائع أو قامت به بينة لم يقع الرد موقعه، وكان للموكل استرجاعه وللبائع رده

(٢٤) تقدم تخريجه برقم (١٧).

عليه، لأن رضاه به عزل الوكيل عن الرد بدليل أنه لو علمه لم يكن له الرد، إلا أن نقول: إن الوكيل لا ينعزل حتى يعلم العزل، وإن رضى الوكيل المعيب أو أمسكه إمساكًا ينقطع به الرد فحضر الموكل فأراد الرد فله ذلك إن صدقه البائع أن الشراء له، أو قامت به بينة، وإن كذبه ولم تكن به بينة فحلفه البائع أنه لا يعلم أن الشراء له فليس له رده، لأن الظاهر أن من اشترى شيئًا فهو له ويلزم الوكيل وعليه غرامة الثمن، وهذا كله مذهب الشافعى، وقال أبو حنيفة: للوكيل شراء المعيب، لأن التوكيل فى البيع مطلقًا يدخل المعيب فى إطلاقه، ولأنه أمينه فى الشراء فجاز له شراء المعيب كالمضارب.

ولنا: أن البيع بإطلاقه يقتضى الصحيح دون المعيب، فكذلك الوكالة فيه، ويفارق المضاربة من حيث إن المقصود فيها الربح والربح يحصل من المعيب كحصوله من الصحيح، والمقصود من الوكالة شراء ما يقتنى أو يدفع به حاجته، وقد يكون العيب مانعًا من قضاء الحاجة به ومن قنيته، فلا يحصل المقصود، وقد ناقض أبو حنيفة أصله، فإنه قال فى قوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ (المجادلة: ٣) لا تجوز العمياء ولا معيبة عيبًا يضر بالعمل، وقال هاهنا: يجوز للوكيل شراء الأعمى والمقعد ومقطوع اليدين والرجلين.

فصل: وإن أمره بشراء سلعة بعينها فاشتراها فوجدها معيبة احتمل أن له الرد، لأن الأمر يقتضى السلامة، فأشبه ما لو وكله فى شراء موصوفة، ويحتمل أن لا يملك الرد، لأن الموكل قطع نظره بالتعيين فربما رضيه على جميع صفاته، وإن علم عيبه قبل شرائه، فهل له شراؤه يحتمل وجهين أيضًا مبنيين على رده إذا علم عيبه بعد شرائه، وإن قلنا: يملك لده فليس له شراؤه، لأن العيب إذا جاز به الرد بعد العقد فلأن يمنع من الشراء أولى، وإن قلنا: لا يملك الرد ثم فله الشراء هاهنا، لأن تعيين الموكل قطع نظره واجتهاده الرد فكذلك فى الشراء.

فصل: وإذا اشترى الوكيل لموكله شيئًا بإذنه انتقل الملك من البائع إلى الموكل ولم يدخل فى ملك الوكيل، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: يدخل فى ملك الوكيل ثم ينتقل إلى الموكل لأن حقوق العقد تتعلق بالوكيل، بدليل أنه لو اشتراه بأكثر من ثمنه دخل فى ملكه ولم ينتقل إلى الموكل.

ولنا: أنه قبل عقدًا لغيره صح له، فوجب أن ينتقل الملك إليه كالأب والوصى، وكما لو تزوج له، وقولهم: إن حقوق العقد تتعلق به غير مسلم، ويتفرع عن هذا أن المسلم لو وكل ذميًا فى شراء خمر أو خنزير فاشتراه له لم يصح الشراء، وقال أبو حنيفة: يصح ويقع للذمى لأن الخمر مال لهم، لأنهم يتمولونها ويتبايعونها فصح توكيلهم فيها كسائر أموالهم.

ولنا: أن كل ما لا يجوز للمسلم العقد عليه لا يجوز أن يوكل فيه كتزويج المجوسية، وبهذا خالف سائر أموالهم، وإذا باع الوكيل بثمن معين ثبت الملك للموكل فى الثمن لأنه بمنزلة المبيع، وإن كان الثمن فى الذمة فللوكيل والموكل المطالبة به، وبهذا قال الشافعى،

وقال أبو حنيـفة: ليس للمـوكل المطالبة لأن حقـوق العقد تتـعلق بالوكيل دونه ولهـذا يتعلق مجلس الصرف والخيار به دون موكله، فكذلك القبض.

ولنا: أن هذا دين للموكل يصح قـبضه له فملك المطالبـة به كسائر ديونه التى وكل فـيها ويفارق مجلس العقد لأن ذلك من شروط العقد فتتعلق بالعاقد كالإيجاب والقبول، وأما الثمن فهو حق للموكل ومال من أمواله، فكانت له المطالبـة به، ولا نسلم أن حقوق العقد تتعلق به وإنما تتعلق بالموكل، وهى تسليم الثمن وقبض المبيع والرد بالعيب وضمان الدرك، فأما ثمن ما اشتراه إذا كان فى الذمة فإنه يثبت فى ذمة المـوكل أصلاً، وفى ذمة الوكيل تبعًا كالضامن، وللبائع مطالبـة من شاء منهما، فـإن أبرأ الوكيل لم يبرأ الموكل وإن أبرأ المـوكل برئ الوكيل أيضًا كالضامن والمضمون عنه سواء. وإن دفع الثمن إلى البائع فوجد به عيبًا فرده على الوكيل كان أمـانة فى يده، إن تلف فهو من ضـمان الموكل، ولـو وكل رجلاً يتسلف له ألفًـا فى كر حنطة ففعل ملك الموكل ثمنها والوكيل ضامن عن موكله كما تقدم.

فـصل: قال أحمد فى رواية مهنا: إذا دفع إلى رجل ثوبًا ليبيعه ففعل فوهب له المشترى منديلاً فالمنديل لصاحب الثوب، وإنما قال ذلك لأن هبـة المنديل سببها البيع، وكان المنديل زيادة فى الثمن والزيادة فى مجلس العقد تلحق به.

فـصل: فى الشهـادة على الوكالة: إذا ادعى الوكالة وأقام شـاهدًا وامرأتين أو حلف مع شاهده فقال أصحابنا: فيها روايتان: **إحداهما:** تثبت بذلك إذا كانت الوكالة بمال، فإن أحمد قال فى الرجل يوكل ويشهد على نفسه رجلاً وامـرأتين إذا كانت المطالبة بدين، فإما غير ذلك فلا، **والثانية:** لا تثبت إلا بشاهدين عدلين، نقلها الخرقى بقوله، ولا تقبل فيما سوى الأموال ممـا يطلع عليـه الرجال لأقل من رجلين، وهذا قـول الشافـعى لأن الوكالة إثـبات للتـصرف

فصل: فى الشهادة على الوكالة: إذا شهد بالوكالة رجل وامرأتان أو شاهد وحلف، فقال أصحابنا: فـيها روايتان: **إحـداهمـا:** تثبت بذلك إذا كانت الوكالة فى المـال، قال أحمد فى الرجل يوكل وكيلاً ويشهـد على نفسه رجلاً وامرأتين: إذا كانت المطالبة بدين فـأما غير ذلك فـلا، **والثـانيـة:** لا تثبت إلا بشاهدين عدلين، نقلها الخرقى فى قـوله: ولا تقبل فيما سوى الأمـوال ممـا يطلع عليـه الرجال أقل من رجـلين، وهذا قول الشـافـعى لأن الوكالة إثبـات للتصـرف، ويحتمل أن يكون قـول الخرقى كالرواية الأولى لأن الوكـالة فى المال يقصـد بها المال فقـبل شهادة النساء مع الرجال كالبـيع والقرض، وإن شهدا بوكالة ثم قال أحـدهما: قد عزله لم تثبت وكالته بذلك، وإن كان الشاهد بالعـزل أجنبيًا لم يثبت العزل بشهادته وحده لأن العزل لا يثبت إلا بما يثـبت به التوكيل، ومتى عاد أحد الشاهدين بالتوكـيل فقال قد عزله لم يحكم بشهادتهمـا لأنه رجوع عن الشهادة قبل الحكم بها فلا يجـوز للحاكم والحكم بما رجع عند الشاهد وإن كان حكم الحاكم بشهادتهما ثم قـال أحدهما قد عزله بعد ما وكله لم يلتفت

ويحتمل أن يكون قول الخـرقى كالرواية الأولى، لأن الوكالة فى المال يقصد بها المـال فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال، كالبيع والقـرض فإن شهدا بوكالته ثم قال أحدهما: قد عزله لم تثبت وكالته بذلك، لأن أحدهما لم تثبت وكالته بذلك، وإن كان الشاهد بالعزل رجلاً غيرهما لم يثبت العزل بشـهادته وحده، لأن العزل لا يثبـت إلا بما يثبت به التوكيل، ومـتى عاد أحد الشاهدين بالتوكيل فـقال: قد عزله لم يحكم بشهادتهما، لأنه رجـوع عن الشهادة قبل الحكم بها، فـلا يجوز للحاكم الحكم بمـا رجع عنه الشاهد، وإن حكم الحاكم بـشهادتهمـا ثم عاد أحدهما فقال: قد عزله بعدما وكله لم يلتفت إلى قوله، لأن الحكم قد نفذ بالشهادة ويم يثبت العزل، فإن قالا جـميعًا: قد كان عـزله ثبت العزل، لأن الشهادة تمت فى العزل كتـمامها فى التوكيل.

فـصل: فإن شهد أحدهما أنه وكله يوم الجمـعة، وشهد آخر أنه وكله يوم السبت، لم تتم الشـهـادة، لأن التوكيل يوم الجمعة غير التـوكيل يوم السبت، فلم تكمل شهادتهما على فعل واحد، وإن شهد أحدهما أنه أقر بتوكيله يوم الجـمعة وشهد الآخر أنه أقر به يوم السبت تمت الشهادة، لأن الإقرارين إخبار عن عقد واحـد، ويشق جمع الشهود ليقر عندهم حالة واحدة، فجوز له الإقرار عند كل واحد وحده، وكذلك لو شهـد أحدهما أنه أقر عنده بالوكالة بالعربية وشهد الآخر أنه أقر بهـا بالعجمية ثبتت، ولو شهد أحدهما أنه وكله بالعـربية وشهد الآخر أنه وكله بالعجمـية لم تكمل الشهادة، لأن التـوكيل بالعربية غيـر التوكيل بالعجـمية، فلم تكمل الشهـادة على فعل واحد وكذلك لو شـهد أحدهمـا أنه قال: وكلتك، وشهد الآخـر أنه قال: أذنت لك فى التصـرف، أو أنه قال: جعلتك وكيـلاً، أو شهد أنه قال: جـعلتك جريًا لم تتم الشهادة، لأن اللفظ مختلف، والجرىُّ: الوكيل، ولو قال أحدهما أشهد أنه وكله وقال الآخر: أشهد أنه أذن له فى التـصرف تمت الشهادة، لأنهـما لم يحكيا لفظ الموكل، وإنمـا عبرا عنه بلفظهمـا واختلاف لفظهـما لا يؤثر إذا اتفق معناه، ولو قـال أحدهما أشهـد أنه أقر عندى أنه

إلى قوله لأن الحكم قد نفذ بالشهادة ولم يثبت العزل فإن قالا جميعًا كان قد عزله ثبت العزل لأن الشهادة قد تمت فى العزل كتمامها فى التوكيل.

فـصل: فإن شهد أحـدهما أنه وكله يوم الجمعة وشهـد آخر أنه وكله يوم السبت لم تتم الشـهادة، لأن التوكيل يوم الجمـعة غير التوكيل يوم السبت فلم تكمل شهـادتهما على فعل واحد، وإن شهـد أحدهما أنه أقر بتوكيله يوم الجـمعة وشهد آخـر أنه أقر به يوم السبت تمت الشهادة لأن الإقرارين إخبار عن عقد واحد ويشق جمع الشهود ليقر عندهم حالة واحدة فجوز له الإقرار عند كل واحد وحده وكذلك لو شهد أحدهما أنـه أقر عنده بالوكالة بالعجمية وشهد آخر أنه أقر بها بالعربـية ثبتت، ولو شهد أحدهما أنه قال وكله بالعـربية وشهد الآخر أنه وكله بالعجمية لم تكمل الشهادة لأن التوكيل بالعربية غـير التوكيل بالعجمية فلم تكمل الشهادة على

وكله وقال الآخر: أشهد أنه أقر أنه جريه، أو أنه أوصى إليه بالتصرف فى حياته ثبتت الوكالة بذلك، ولو شهد أحدهما أنه وكله فى بيع عبده وشهد الآخر أنه وكله وزيد، أو شهد أنه وكله فى بيعه، وقال لا تبعه حتى تستأمرنى أو تستأمرنى أو تستأمر فلانًا، لم تتم الشهادة، لأن الأول أثبت استقلاله بالبيع من غير شرط، والثانى ينفى ذلك فكانا مختلفين، وإن شهد أحدهما أنه وكله فى بيع عبده وشهد الآخر أنه وكله فى بيع عبده وجاريته حكم بالوكالة فى العبد لاتفاقهما عليه وريادة الثانى لا تقدح فى تصرفه فى الأول فلا تضره، وهكذا لو شهد أحدهما أنه وكله فى بيعه لزيد وشهد الآخر أنه وكله فى بيعه لزيد وإن شاء لعمرو.

فصل: ولا تثبت الوكالة والعزل بخبر الواحد، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: تثبت الوكالة بخبر الواحد، وإن لم يكن ثقة، ويجوز التصرف للمخبر بذلك إذا غلب على ظنه صدق المخبر بشرط الضمان إن أنكر الموكل، ويثبت العزل بخبر الواحد إذا كان رسولاً، لأن اعتبار شاهدين عدلين فى هذا يشق، فسقط اعتباره، ولأنه أذن فى التصرف ومنع منه فلم يعتبر فى هذا شروط الشهادة كاستخدام غلامه.

ولنا: أنه عقد مالى، فلا يثبت بخبر الواحد كالبيع، وفارق الاستخدام فإنه ليس بعقد،

فعل واحد، وكذلك لو شهد أحدهما أنه قال: وكلتك وشهد الآخر أنه قال: أذنت لك فى التصرف أو أنه قال جعلتك وكيلاً أو شهد أنه قال جعلتك جريًا لم تتم الشهادة لأن اللفظ مختلف، والجرىُّ: الوكيل، ولو قال أحدهما: أشهد أنه وكله وقال الآخر: أشهد أنه أذن له فى التصرف تمت الشهادة لأنهما لم يحكيا لفظ الموكل وإنما عبرا عنه بلفظهما، واختلاف لفظهما لا يؤثر إذا اتفق معناه، ولو قال أحدهما: أشهد أنه أقر عندى أنه وكله، وقال الآخر: اشهد أنه أقر عندى أنه جريه، أو أنه أوصى إليه بالتصرف فى حياته ثبت الوكالة بذلك، ولو شهد أحدهما أنه وكله فى بيع عبده وشهد الآخر أنه وكله وزيدًا أو شهد أنه وكله فى بيعه وقال لا تبعه حتى تستأمرنى أو تستأمر فلانًا لم تتم الشهادة لأن الأول أثبت استقلالاً بالبيع من غير شرط والثانى ينفى ذلك فكانا مختلفين، وإن شهد أحدهما أنه وكله فى بيع عبده وشهد الآخر أنه وكله فى بيع عبده وجاريته حكم بالوكالة فى العبد لاتفاقهما عليه وزيادة الثانى لا تقدح فى تصرفه فى الأول فلا تضر وهكذا لو شهد أحدهما أنه وكله فى بيعه لزيد وشهد الآخر أنه وكله فى بيعه لزيد وإن شاء لعمرو.

فصل: لا تثبت الوكالة والعزل بخبر الواحد، وبه قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: تثبت بخبر الواحد وإن لم يكن ثقة ويجوز التصرف للخبر بذلك إذا غلب على ظنه صدق المخبر بشرط الضمان إن أنكر الموكل ويثبت العزل بخبر الواحد إذا كان رسولاً لأن اعتبار شاهدين عدلين فى هذا يشق فسقط اعتباره ولأنه أذن فى التصرف ومنع منه فلم تعتبر فيه شروط الشهادة كاستخدام غلامه.

ولو شهد اثنان أن فلانًا الغائب وكل فلانًا الحـاضر، فقال الوكيل: ما علمت هذا وأنا أتصرف عنه ثبتت الوكالة، لأن معنى ذلك أنى لم أعلم إلا الآن، وقبول الوكالة يجوز متراخيًا، وليس من شرط الـتوكيل حـضور الوكـيل ولا علمه فـلا يضر جـهله به، وإن قال: ما أعـلم صدق الشاهدين لم تثبت وكالتـه لقدحه فى شهادتهما، وإن قال: مـا علمت وسكت قيل له: فسر، فإن فسر بالأول ثبتت وكالته، وإن فسره بالثانى لم تثبت.

فصل: ويصح سماع البينة بالوكالة على الغائب، وهو أن يدعى أن فلانًا الغائب وكلنى فى كذا، وبهذا قـال الشافعى، وقال أبو حنيفـة: لا يصح بناء على أن الحكم على الغائب لا يصح.

ولنا: أنه لا يعتبـر رضاه فى سماع البينة فلا يعـتبر حضوره كغيـره، وإذا قال له من عليه الحق: احلف أنك تستـحق مطالبتى لم تسمع دعواه، لأن ذلك طعن فى الشـهادة، وإن قال: قد عزلك المـوكل فاحلف أنه ما عزلك لم يسـتحلف، لأن الدعوى على الموكـل واليمين لا تدخلها النيابة، وإن قال: أنت تعلم أن موكلك قد عزلك سمعت دعواه، وإن طلب اليمين من الوكيل حـلف أنه لا يعلم أن موكله عـزله، لأن الدعوى عليـه، وإن أقام الخصم بينـة بالعزل سمعت وانعزل الوكيل.

فصل: وتقبل شهادة الوكيل على موكله لعدم التهمة، فإنه لا يجر بها نفعًا ولا يدفع بها

ولنا: أنه عقد مالى فلا يثبت بخبر الواحد كـالبيع وفارق الاستخدام فإنه ليس بعقد، ولو شهد اثنان أن فـلانًا الغائب وكل فلانًا الحاضـر فقال الوكيل: ما عـملت هذا وأنا أتصرف عنه ثبتت الوكـالة لأن معنى ذلك أنى لم أعلم إلى الآن وقـبول الوكالة يجـوز متراخـيًا وليس من شرط التوكيل حـضور الوكيل ولا علمه فلا يضر جهله به، وإن قـال ما أعلم صدق الشاهدين لم تثبت وكالـته لقدحه فى شهـادتهما وإن قال: مـا علمت وسكت قيل له: فسر، فـإن فسر بالأول ثبتت وكالته وإن فسر بالثانى لم تثبت.

فصل: ويصح سماعه البينة بالوكالة على الغائب، وهو أن يدعى أن فلانًا الغائب وكلنى فى كذا، وبهذا قـال الشافعى، وقال أبو حنيفـة: لا يصح بناء على أن الحكم على الغائب لا يصح.

ولنا: أنه لا يعتبـر رضاه فى سماع البـينة فلا يعتبر حـضوره كغيـره وإذا قال له من عليه الحق: احلف أنك تستحق مطالبتى لم يسمع لأن ذلك طـعن فى الشهادة وإن قال: قد عزلك الموكل فاحلف أنه ما عزلك لم يستحلف لأن الدعوى على الموكل واليمين لا تدخلها النيابة، وإن قال: أنت تعلم أن موكلك قد عزلك سمـعت دعواه، وإن طلب اليمين من الوكيل حلف على نفى العلم، لأن الدعوى عليه، وإن أقام الخصم ببينة بالعزل سمعت وانعزل الوكيل.

فصل: وتقبل شهادة الوكيل على موكله لعدم التهمة، لأنه لا يجر بها نفعًا ولا يدفع بها

ضراراً وتقبل شهادته له فـيما لم يوكله فيه، لأنه لا يجر إلى نفسه نفـعًا، ولا تقبل شهادته له فيما هو وكيل فـيه، لأنه يثبت لنفسه حقًا، بدليل أنه إذا وكله فى قـبض حق فشهد به له ثبت استحقاق قبضه، ولأنه خصم فيه بدليل أنه يملك المخاصمة فيه، فإن شهد بما كان وكيلاً فيه بعد عزله لم تقبل أيضًـا، سواء كان خاصم فيه بالوكالة أو لـم يخاصم، وبهذا قال أبو يوسف ومحـمد، وقال أبو حنيـفة: إن كان لم يخـاصم فيه قـبلت شهادته، لأنه لا حق له فـيه ولم يخاصم فيه، فأشبه ما لو لم يكن وكيلاً فيه، وللشافعى قولان كالمذهبين.

ولنا: أنه بعقد الوكالة صار خصمًا فيه فلم تقبل شهادته فيه كما لو خاصم فيه، وفارق ما لم يكن وكيلاً فيه، فإنه لم يكن خصمًا فيه.

فـصل: إذا كانت الأمة بين نفسين فشهدا أن زوجهـا وكل فى طلاقها لم تقبل شهادتهما لأنهمـا يجران إلى أنفسـهما نفـعًا، وهو زوال حق الزوج من البـضع الذى هو ملكهـما، وإن شهدا بعزل الوكيل فى الطلاق لم تقبل، لأنهما يجران إلى أنفسهما نفعًا، وهو إبقاء النفقة على الزوج، ولا تقبل شهـادة ابنى الرجل له بالوكالة ولا أبويه، لأنهما يثبتـان له حق التصرف ولا يثبت للإنسان حق بشهادة ابنه ولا أبيه، ولا تقـبل شهادة ابنى الموكل ولا أبويه بالوكالة، وقال بعض الشافعية، تقبل، لأن هذا حق على الموكل يستحق به الوكيل المطالبة فقبلت فيه شهادة قرابة الموكل كالإقرار.

ضررًا، وتقبل شهادته له فيما لم يوكله فيـه لكونه لا يجر إلى نفسه نفعًا، ولا تقبل شهادته له فيما هو وكيل له فيه، لأنه يثبت لنفسه حقّا بدليل أنه إذا كان وكله فى قبض حق فشهد به ثبت له استحقاق قبضه، ولأنه خصم فيه بدليل أن يملك المخـاصمة فيه، فإن شهد بما كان وكيلاً فيه بعد عزله لم تقبل أيضًا سواء كان خاصم فيه بالوكالة أو لم يخاصم، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: إن كان لم يخـاصم فيه قبلت شهادته، لأنه لا حق له فيه، وإن لم يخاصم فيه فأشبه ما لو لم يكن وكيلاً فيه، وللشافعى قولان كالمذهبين.

ولنا: أنه بعقد الوكالة صار خـصمًا فيه فلم تقبل شهادته فيه كمـا لو خاصم فيه وفارق ما لم يكن وكيلاً فيه، فإنه لم يكن خصمًا فيه.

فـصل: إذا كانت الأمةُ بين نفسين فشهدا أن زوجهـا وكل فى طلاقها لم تقبل شهادتهما، لأنهما يجران لأنفسـهما نفعًا، وهو زوال حق الزوج من البضع الذى هو ملكهـما، وإن شهدا بعزل الوكـيل فى الطلاق لم تقبل، لأنهـما يجـران إلى أنفسهـما نفعًـا وهو إبقاء النفـقة على الزوج، ولا تقبل شهـادة ابنى الرجل له بالوكالة ولا أبويه، لأنهما يثبتـان له حق التصرف ولا يثبت للإنسان حق بشهادة ابنه ولا أبيه، ولا تقـبل شهادة ابنى الموكل ولا أبويه بالوكالة، وقال بعض الشافعية: تقبل، لأن هذا حق على الموكل يستحق به الوكيل المطالبة فقبلت فيه شهادة قرابة الموكل كالإقرار.

ولنا: أن هذه شهادة يثبت بها حق لأبيه أو ابنه، فلم تقبل كشهادة ابني الوكيل وأبويه، وذلك لأنهما يثبتان لأبيهما نائبًا متصرفًا له، وفارق الشهادة عليه بالإقرار، فإنها شهادة عليه متمحضة، ولو ادعى الوكيل الوكالة فأنكرها الموكل فشهد عليه ابناه أو أبواه ثبتت الوكالة وأمضى تصرفه، لأن ذلك شهادة عليه، وإن ادعى الموكل أنه تصرف بوكالته وأنكر الوكيل فشهد عليه أبواه أو ابناه قبل أيضًا لذلك، وإن ادعى وكيل لموكله الغائب حقًا وطالب به فادعى الخصم أن الموكل عزله وشهد له بذلك ابنا الموكل قبلت شهادتهما وثبت العزل بها، لأنهما يشهدان على أبيهما وإن لم يدع الخصم عزله لم تسمع شهادتهما، لأنهما يشهدان لمن لا يدعيهما، فإن قبض الوكيل فحضر الموكل وادعى أنه كان قد عزل الوكيل وأن حقه باق في ذمة الغريم وشهده له ابناه، لم تقبل شهادتهما، لأنهما يثبتان حقًا لأبيهما، ولو ادعى مكاتب الوكالة فشهد له سيده أو ابنا سيده أو أبواه لم تقبل لأن السيد يشهد لعبده وابناه يشهدان لعبد أبيهما والأبوان يشهدان لعبد ابنهما، فإن عتق فأعاد الشهادة فهل تقبل؟ تحتمل وجهين.

فصل: إذا حضر رجلان عند الحاكم فأقر أحدهما أن الآخر وكله ثم غاب الموكل وحضر الوكيل فقدم خصمًا لموكله وقال: أنا وكيل فلان فأنكر الخصم كونه وكيله، فإن قلنا لا يحكم الحاكم بعلمه لم تسمع دعواه حتى تقوم البينة بوكالته، وإن قلنا: يحكم بعلمه، وكان الحاكم يعرف الموكل بعينه واسمه ونسبه صدقه ومكنه من التصرف، لأن معرفته كالبينة

ولنا: أن هذه شهادة يثبت بها حق لأبيه أو ابنه فلم تقبل كشهادة ابني الوكيل وأبويه ولأنهما يثبتان لأبيهما نائبًا متصرفًا له، وفارق الشهادة عليه بالإقرار فإنها شهادة عليه متمحضة، ولو ادعى الوكيل الوكالة فأنكرها الموكل فشهد عليه ابناه أو أبواه ثبتت الوكالة وأمضى تصرفه، لأن ذلك شهادة عليه، ولو ادعى الموكل أنه تصرف بوكالته وأنكر الوكيل فشهد عليه أبواه أو ابناه قبل أيضًا كذلك، وإن ادعى وكيل الموكل الغائب حقًا وطالب به فادعى الخصم أن الموكل عزله وشهد له بذلك ابنا الموكل قبلت شهادتهما وثبت العزل بها، لأنهما يشهدان على أبيهما، وإن لم يدع الخصم عزله لم تسمع شهادتهما، لأنهما يشهدان لمن لا يدعيها، فإن قبض الوكيل فحضر الموكل وادعى أنه كان قد عزل الوكيل وأن حقه باق في ذمة الغريم وشهد له ابناه لم تقبل شهادتهما، لأنهما يثبتان حقًا لأبيهما، ولو ادعى مكاتب الوكالة فشهد له سيده أو ابنا سيده أو أبواه لم تقبل، لأن السيد يشهد لعبده وابناه يشهدان لعبد أبيهما والأبوان يشهدان لعبد ابنهما، وإن عتق فأعاد الشهادة فهل تقبل؟ يحتمل وجهين.

فصل: إذا حضر رجلان عند الحاكم فأقر أحدهما أن الآخر وكيله ثم غاب الموكل وحضر الوكيل فقدم خصمًا لموكله، وقال: أنا وكيل فلان فأنكر الخصم كونه وكيلاً، فإن قلنا: لا يحكم الحاكم بعلمه لم تسمع دعواه حتى تقوم البينة بوكالته، وإن قلنا: يحكم بعلمه وكان الحاكم يعرف الموكل بعينه واسمه ونسبه وصدقه ومكنه من التصرف، لأن معرفته

وإن عرفه بعينه دون اسمــه ونسبه لم يقبل قوله حتى تقوم البـينة عنده بالوكالة لأنه يريد تثبيت نسبه عنده بقوله فلم يقبل.

فصل: ولو حضر عند الحاكم رجل فادعى أنه وكيل فلان الغائب فى شىء عينه وأحضر بينة تشهـد له بالوكالة سمـعها الحاكم، ولـو ادعى حقًا لموكله قـبل ثبوت وكالتـه لم يسمع الحاكم دعواه، وبه قال مالك والشافعى، وقال أبو حنيفـة: لا يسمعها إلا أن يقدم خصمًا من خصماء الموكل فيدعى عليه حقًا، فإذا أجـاب المدعى عليه حينئذ يسمع الحاكم البينة فحصل الخلاف بيننا فى حكمين: **أحدهما:** أن الحاكم عندنا يسمع البينة على الوكالة من غير حضور خصم وعنده لا يسمع، **والثانى:** أنه لا تسمع دعواه لموكله قبل ثبوت وكالته وعنده تسمع، وبنى أبو حنيفة على أصله فى أن القضاء على الغائب لا يجوز، وسماع البينة بالوكالة من غير خصم قضاء على الغائب، وأن الوكالة لا تلزم الـخصم ما لم يجب الوكيل من دعوى الخصم أنك لست بوكيل.

ولنا: أنه إثبات للوكـالة فلم يفتـقر إلى حضـور الموكل عليه كـما لو كان المـوكل عليه جماعة فأحضر واحد منهم، فإن الباقـين لا يفتقر إلى حضورهم وكذلك هـهنا، والدليل على أن الدعوى لا تسمع قـبل ثبوت الوكالة أنها لا تسمع إلا من خصم يخـاصم عن نفسه أو عن موكله، وهذا لا يخاصم عن نفـسه ولم يثبت أنه وكيل لمن يدعى له، فلا تسـمع دعواه، كما لو ادعى لمن لم يدع وكالته، وفى هذا الأصل جواب عما ذكره.

كالبينة، وإن عـرفه بعينه دون اسمه ونسـبه لم يقبل قوله حتى تقوم الـبينة عنده بالوكالة، لأنه يريد تثبيت نسبه عنده بقوله فلم يقبل.

فصل: ولو حضر عند الحاكم رجل فادعى أنه وكيل فلان الغائب فى شىء عينه وأحضر بينة تشهـد له بالوكالة سمـعها الحاكم، ولـو ادعى حقًا لموكله قـبل ثبوت وكالتـه لم يسمع الحاكم دعواه، وبه قال مالك والشافعى، وقال أبو حنيفـة: لا يسمعها إلا أن يقدم خصمًا من خصماء الموكل فيدعى عليه حقًا، فإذا أجاب المدعى عليه حينئذ يسمع الحاكم البينة، فحصل الخلاف بيننا فى حكمين **أحدهما:** أن الحاكم يسمع البينة على الوكالة من غير حضور خصم، وعنده لا يسمع، **الثانى:** أنه لا يسمع دعواه لموكله قبل ثبوت وكالته، وعنده يسمع، وبنى أبو حنيفة على أصله فى أن القضاء على الغائب لا يجوز وسـماع البينة بالوكالة من غير خصم بها قضاء على الغـائب، وأن الوكالة لا تلزم الخصم ما لم يجب الوكـيل عن دعوى الخصم أنك لست بوكيل.

ولنا: أنه إثبات للوكـالة فلم يفتقـر إلى حضور المـوكل عليه كمـا لو كان عليه جمـاعة فأحضر واحدًا منهم فإن الباقين لا يفـتقر إلى حضورهم كذلك ههنا، والدليل على أن الدعوى لا تسمع قبل ثبوت الوكالة أنها لا تسمع إلا من خصم يخاصم عن نفسه أو عن موكله وهذا لا

فصل: ولو حضر رجل وادعى على غائب مالاً فى وجه وكيله فأنكره، فأقام بينة بما ادعاه حلفه الحاكم وحكم له بالمال، فإذا حضر الموكل وجحد الوكالة أو ادعى أنه كان قد عزله لم يؤثر ذلك فى الحكم، لأن القضاء على الغائب لا يفتقر إلى حضور وكيله.

فصل: إذا قال: بع هذا الثوب بعشرة فما زاد عليها فهو لك صح، واستحق الزيادة، وقال الشافعى: لا يصح.

ولنا: أن ابن عبـاس كان لا يرى بذلك بأسًـا، ولأنه يتصـرف فى ماله بإذنه فـصح شرط الربح له فى الثانى كالمضارب والعامل فى المساقاة.

يخاصم عن نفسه ولم يثبت أنه وكل لمن يدعى له فـلا تسمع دعواه كما لو ادعى لمن لم يدع وكالته وفى هذا الأصل جواب عما ذكره.

فـصل: ولو حضر رجل وادعى على غائب مالاً فى وجه وكـيله فأنكر فأقام بينة بما ادعاه حلفه الحـاكم وحكم له بالمال فإذا حضر الموكل وجحـد الوكالة وادعى أنه كان قد عزله لم يؤثر ذلك فى الحكم، لأن القضاء على الغائب لا يفتقر إلى حضور وكيله.

كتـــاب الإقـــرار بالحقـــوق

الإقـرار: هو الاعتراف، والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ﴾ إلى قوله: ﴿قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا﴾ (آل عمران: ٨١) وقال تعالى: ﴿وَآخَرُونَ اعْتَرَفُوا بِذُنُوبِهِمْ﴾ (التوبة: ١٠٢) وقال تعالى: ﴿أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَىٰ﴾ (الأعراف: ١٧٢)، في آي كثيرة مثل هذا، وأما السنة: فما روى أنَّ ماعزًا أقر بالزنا فرجمه رسول الله ﷺ وكذلك الغامدية، وقال: «واغدُ يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»[١] وأما الإجماع، فإن الأئمة أجمعت على صحة الإقرار، ولأن الإقرار إخبار على وجه ينفى عنه التهمة والريبة، فإن العاقل لا يكذب على نفسه كذبًا يضر بها، ولهذا كان آكد من الشهادة، فإن المدعى عليه إذا اعترف لا تمسع عليه الشهادة وإنما تسمع إذا أنكر، ولو كذب المدعى ببينته لم تسمع وإن كذب المقر ثم صدقه سُمِعَ.

فصل: ولا يصح الإقرار إلا من عاقل مختار، فأما الطفل والمجنون والمبرسَم[٢] والنائم والمغمى عليه فلا يصح إقرارهم، لا نعلم فى هذا خلافًا وقد قال ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة، عن الصبى حتى يبلغ، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ»[٣] فنص على الثلاثة، والمبرسم والمغمى عليه فى معنى المجنون والنائم، ولأنه قول من غائب العقل

كتـــاب الإقـــرار

الإقـرار: الاعتراف، والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ﴾ إلى قوله: ﴿قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا﴾ وقال تعالى: ﴿وَآخَرُونَ اعْتَرَفُوا بِذُنُوبِهِمْ﴾ وقال تعالى: ﴿أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَىٰ﴾ فى آى كثيرة مثل هذا، وأما السنة فما روى أن ماعزًا أقر بالزنا فرجمه النبى ﷺ وكذلك الغامدية، وقال: «واغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها» وأما الإجماع فإن الأمة أجمعت على صحة الإقرار، ولأن الإقرار إخبار على وجه تنتفى عنه التهمة والريبة، فإن العاقل لا يكذب على نفسه كذبًا يضر بها، ولهذا كان آكد من الشهادة فإن المدعى عليه إذا اعترف لا

---

(١) أما حديث أنيس فتقدم تخريجه فى كتاب الوكالة برقم (٦) وأما حديث الغامدية: أخرجه مسلم (٣/ حدود/ ١٣٢٢، ١٣٢٣).

(٢) المبرسم: من له علة يهذى.

(٣) أخرجه أبو داود (٤/ ٤٣٩٨) والنسائى (٢/ ١٠٠) وابن ماجه (٢/ ٢٠٤١) والحاكم (٢/ ٥٩) وقال: صحيح على شرط مسلم، ووافقه الذهبى وأحمد فى مسنده (٦/ ١٠٠، ١٠١، ١٤٤) وانظر الإرواء (٢٩٧).

فلم يثبت له حكم كالبيع والطلاق، وأما الصبى المميز، فإن كان محجوراً عليه لم يصح إقراره، وإن كان مأذونًا له صح إقراره فى قدر ما أذن له فيه، قال أحمد فى رواية مهنا فى اليتيم: إذا أذن له فى التجارة وهو يعقل البيع والشراء فبيعه وشراؤه جائز، وإن أقر أنه اقتضى شيئًا من ماله جاز بقدر ما أذن له وليه فيه، وهذا قول أبى حنيفة، وقال أبو بكر وابن أبى موسى: إنما يصح إقراره فيما أذن له فى التجارة فيه فى الشىء اليسير، وقال الشافعى، لا يصح إقراره بحال، لعموم الخبر، ولأنه غير بالغ، فأشبه الطفل، ولأنه لا تقبل شهادته ولا روايته، فأشبه الطفل.

ولنا: أنه عاقل مختار يصح تصرفه فصح إقراره كالبالغ، وقد دللنا على صحة تصرفه فيما مضى، والخبر محمول على رفع التكليف والإثم فإن أقر من هو مراهق غير مأذون له ثم اختلف هو والمقر له فى بلوغه، فالقول قوله إلا أن تقوم بينة ببلوغه لأن الأصل الصغر ولا يحلف المقر، لأننا حكمنا بعدم بلوغه إلا أن يختلفا بعد ثبوت بلوغه فعليه اليمين أنه حين أقر لم يكن بالغًا، ومن زال عقله بسبب مباح أو معذور فيه فهو كالمجنون لا يسمع إقراره بلا خلاف، إن كان بمعصية كالسكران ومن شرب ما يزيل عقله عامداً لغير حاجة لم يصح إقراره، ويتخرج أن يصح بناء على وقوع طلاقه، وهو منصوص الشافعى لأن أفعاله تجرى مجرى الصاحى.

ولنا: أنه غير عاقل، فلم يصح إقراره كالمجنون الذى سبب جنونه فعل محرم، ولأن

تسمع عليه الشهادة وإنما تسمع إذا أنكر ولو كذب المدعى بينته لم تسمع وإن كذب المقر ثم صدقه سمع.

١- مسألة: (ويصح الإقرار من كل مكلف مختار غير محجور عليه، أما الطفل والمجنون فلا يصح إقرارهما وكذلك المبرسَم والنائم والمغمى عليه).

لا نعلم فى هذا خلافًا، وقد قال ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبى حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ» فنص عن الثلاثة، والمبرسم والمغمى عليه فى معنى المجنون والنائم، ولأنه قول من غائب العقل فلم يثبت له حكم كالبيع والطلاق، فأما الصبى المميز، فإن كان محجوراً عليه لم يصح إقراره للنص، وإن كان مأذونًا له فى البيع والشراء فبيعه وشراؤه جائز، وإن أقر أنه اقتضى شيئًا من ماله جاز بقدر ما أذن له وليه فيه، وهذا قول أبى حنيفة، وقال أبو بكر وابن أبى موسى: إنما يصح إقراره فيما أذن له فى التجارة فيه فى الشىء اليسير، وقال الشافعى: لا يصح إقراره بحال لعموم الخبر، ولأنه غير بالغ أشبه الطفل، ولأنه لا تقبل شهادته ولا روايته أشبه الطفل.

ولنا: أنه عامل مختار يصح تصرفه فصح إقراره كالبالغ، وقد دللنا على صحة تصرفه فيما مضى والخبر محمول على رفع التكليف والإثم.

السكران لا يوثق بصحة ما يقول، ولا تنتفى عنه التهمة فيما يخبر به، فلم يوجد معنى الإقرار الموجب لقبول قوله، وأما المكره، فلا يصح إقراره بما أكره على الإقرار به، وهذا مذهب الشافعى لقول رسول الله ﷺ: «رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»(٤) ولأنه قول أكره عليه بغير حق فلم يصح كالبيع، وإن أقر بغير ما أكره عليه، مثل أن يكره على الإقرار لرجل فأقر لغيره أو بنوع من المال فيقر بغيره أو على الإقرار بطلاق امرأة، فأقر بطلاق أخرى، أو أقر بعتق عبد صح، لأنه أقر بما لم يكره عليه فصح، كما لو أقر به ابتداء، ولو أكره على أداء مال فباع شيئًا من ماله ليؤدى ذلك صح بيعه نص عليه، لأنه لم يكره على البيع، ومن أقر بحق ثم ادعى أنه كان مكرهًا لم يقبل قوله إلا ببينة، سواء أقر عند السلطان أو عند غيره، لأن الأصل عدم الإكراه، إلا أن يكون هناك دلالة على الإكراه كالقيد والحبس والتنكيل به، فيكون القول قوله مع يمينه لأن هذه الحال تدل على الإكراه، ولو ادعى أنه كان زائل العقل حال إقراره لم يقبل قوله إلا ببينة، لأن الأصل السلامة حتى يعلم غيرها، ولو شهد الشهود بإقراره لم تفتقر صحة الشهادة إلى أن يقولوا طوعًا فى صحة عقله، لأن الظاهر سلامة الحال وصحة الشهادة ، وقد ذكرنا حكم إقرار السفيه والمفلس والمريض فى أبوابه وأما العبد: فيصح إقراره بالحد والقصاص فيما دون النفس، لأن الحق له دون مولاه، ولا يصح

2- **مسألة: (وكذلك العبد المأذون له فى التجارة)** لما ذكرنا فى الصبى بل صحة إقرار العبد أولى، لأنه مكلف.

3- **مسألة: (فإن أقر مراهق غير مأذون له ثم اختلف هو والمقر له فى بلوغه، فالقول قول المقر).**

إلا أن تقوم بينة ببلوغه، لأن الأصل الصغر ولا يحلف، لأننا حكمنا بعدم بلوغه إلا أن يختلفا بعد ثبوت بلوغه فعليه اليمين أنه حين أقر لم يكن بالغًا.

4- **مسألة: (ولا يصح إقرار السكران وتتخرج صحته بناء على طلاقه).**

أما من زال عقله بسبب مباح أو معذور فيه فهو كالمجنون لا يصح إقراره بغير خلاف، وإن كانت بمعصية كالسكران ومن شرب ما يزيل عقله عامدًا لغير حاجة لم يصح إقراره ويتخرج أن يصح كطلاقه وهو منصوص الشافعى، لأن أفعاله تجرى مجرى الصاحى.

---

(٤) ذكره السخاوى فى المقاصد الحسنة (٥٢٨) وقال: وقع هذا اللفظ فى كتب كثيرين من الفقهاء والأصوليين وأخرج ابن عدى فى الكامل (٢/ ١٥٠) بلفظ: رفع الله عن هذه الأمة ثلاثًا، الخطأ والنسيان والأمر يكرهون عليه، وجعفر وأبوه ضعيفان وله شاهد جيد عند أبى القاسم الفضل بن جعفر التميمى المعروف بأبى عاصم فى فوائده، كذا قاله السخاوى وذكره أيضًا العجلونى فى كشف الخطأ (١٣٩٣) وقال: قال فى اللآلى لا يوجد بهذا اللفظ، وأقرب ما وجد ما رواه ابن عدى ثم ذكر الحديث السابق وقال: وعن ابن عدى من منكرات جعفر بن جسر، والحديث بالطرق والشواهد يرتقى إلى درجة الصحيح، والله أعلم.

إقرار المولى عليه، لأن المولى لا يملك من العبد إلا المال ويحتمل أن يصح إقرار المولى عليه بما يوجب القصاص ويجب المال دون القصاص، لأن المال برقبته، وهى مال السيد فصح إقراره به كجناية الخطأ، وأما إقراره بما يوجب القصاص فى النفس فالمنصوص عن أحمد أنه لا يقبل ويتبع به بعد العتق، وبه قال زفر والمزنى وداود وابن جرير الطبرى، لأنه يسقط حق سيده بإقراره، فأشبه الإقرار بقتل الخطأ، ولأنه متهم فى أنه يقر لرجل ليعفو عنه ويستحق أخذه فيتخلص بذلك من سيده، واختار أبو الخطاب أنه يصح إقراره به، وهو قول أبى حنيفة ومالك الشافعى: لأنه أحد نوعى القصاص فصح إقراره به، كما دون النفس، وبهذا الأصل ينتقض دليل الأول، وينبغى على هذا القول أن لا يصح عفو ولى الجناية على مال إلا باختيار سيده، لئلا يفضى إلى إيجاب المال على سيده بإقرار غيره، فلا يقبل إقرار العبد بجناية الخطأ ولا شبه العمد، ولا بجناية عمد موجبها المال كالجائفة والمأمومة (٥) لأنه إيجاب حق فى رقبته، وذلك يتعلق بحق المولى، ويقبل إقرار المولى عليه، لأنه إيجاب حق فى ماله، وإن أقر بسرقة موجبها المال لم يقبل إقراره ويقبل إقرار المولى عليه، لما ذكرنا، وإن كان موجبها القطع والمال فأقر بها العبد وجب قطعه ولم يجب المال، سواء كان ما أقر بسرقته باقيًا أو تالفًا فى يد السيد أو يد العبد، قال أحمد، فى عبد أقر بسرقة دراهم فى يده أنه

ولنا أنه غير عاقل فلم يصح إقراره كالمجنون الذى سبب جنونه فعل محرم، ولأن السكران لا يوثق بصحة ما يقول ولا تنتفى عنه التهمة فيما يخبر به فلم يوجد معنى الإقرار الموجب لقبول قوله.

5- مسألة: (ولا يصح إقرار المكره إلا أن يقر بغير ما أكره عليه مثل أن يكره على الإقرار لإنسان فيقر لغيره أو على الإقرار بطلاق امرأة فيقر بطلاق غيرها أو على الإقرار بدنانير فيقر بدراهم فيصح).

لا يصح إقرار المكره بما أكره على الإقرار به، وهذا مذهب الشافعى لقول رسول الله ﷺ: «رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» ولأنه قول أكره عليه بغير حق فلم يصح كالبيع فأما إن أقر بغير ما أكره عليه مثل أن يكره على الإقرار لرجل فيقر لغيره أو بنوع من المال فيقر بغيره أو على الإقرار بطلاق امرأة فيقر بطلاق أخرى أو أقر بعتق عبد صح، لأنه أقر بما لم يكره عليه فصح كما لو أقر به ابتداء.

6- مسألة: (وإن أكره على وزن ثمن فباع داره فى ذلك صح بيعه).

نص عليه أحمد، لأنه لم يكره على البيع، ومن أقر بحق ثم ادعى أنه كان مكرهًا لم يقبل قوله إلا ببينة سواء أقر عند سلطان أو عند غيره، لأن الأصل بعدم الإكراه، إلاَّ أن يكون هناك دلالة على الإقرار كالقيد والحبس والتوكل به فيكون القول قوله مع يمينه، لأن الحال تدل

---

(٥) **الجائفة**: طعنة تبلغ الجوف. **المأمومة**: الشجة بلغت أم الرأس.

سرقهـا من رجل والرجل يدعى ذلك وسيده يكذبه فـالدراهم لسيده ويقطع العبـد ويتبع بذلك بعد العتق، وللشافعى فى وجوب المـال فى هذه الصورة وجهان، ويحتمل أن لا يجب القطع لأن ذلك شبهة فيدرأ بها القطع لكونه حـدًا يدرأ بالشبهات، وهذا قول أبى حنيفة، وذلك لأن العين التى يقر بسرقتـها لم يثبت حكم السرقة فيها، فلا يثبت حكم القطع بها، وإن أقر العبد برقه لغـير من هو فى يده لم يقبل إقـراره بالرق، لأن الإقرار بالرق إقرار بالملك، والعـبد لا يقبل إقـراره بحال، ولأننا لو قبلنا إقراره أضـررنا بسيده، لأنه إذا شاء أقـر لغير سيـده فأبطل ملكه، وإن أقر به السيد لرجل وأقر هو لآخر فهو للذى أقر له السيد، لأنه فى يد السيد لا فى يد نفسه، ولأن السيـد لو أقر به منفردًا قبل، ولو أقر العبد منفردًا لم يقـبل فإذا لم يقبل إقرار العبد منفردًا فكيف يقبل مع مـعارضته لإقرار السيد؟ ولو قبل إقرار العبـد لما قبل إقرار السيد كالحد وجنايـة العمد، وأما المكاتب: فحكـمه حكم الحر فى صحة إقـراره، ولو أقر بجناية خطأ صح إقراره، فإن عجز بيع فـيها إن لم يفده سيده، وقال أبو حنيفـة يستسعى فى الكتابة، وإن عجز بطل إقراره بها سواء قضى بها أو لم يقض وعن الشافعى كقولنا: وعنه أنه مراعى إن أدى لزمه، وإن عجز بطل.

على الإكراه، ولـو ادعى أنه كان زائل العـقل حال إقراره لم يقـبل قوله إلا ببـينة لأن الأصل السلامة حـتى يعلم غيرها، ولو شهـد الشهود بإقراره لم تفتـقر صحة الشـهادة إلى أن يقولوا طوعًا فى صحـة عقله، لأن الظاهر السلامة وصحة الشـهادة وقد ذكرنا إقرار السفـيه والمفلس فيما مضى.

7- مسألة: (وأما المريض مرض الموت المخوف فيصح إقراره بغير المال) لأنـه لا تهمة عليه فى ذلك وإنما تلحقه التهمة فى المال.

8- مسألة: (وإن أقر بمال لمن لا يرثه صح فى أصح الروايتين).

لأنه غير متهم فى حقـه، وهو قول أكثر أهل العلم، قال ابن المنذر(1): أجـمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن إقرار المريض فى مرضه لغير الوارث جائز، وحكى أصحابنا رواية أنه لا يقبل، لأنه إقرار فى مـرض الموت أشبه الإقرار للوارث، وفـيه رواية أخرى أنه لا يصح بزيادة على الثلث، ذكرها أبو الخطاب لأنه ممنوع من عطية الوارث فلم يصح إقراره بما لا يملك عطيته بخلاف الثلث فما دون.

ولنا: أنه إقرار غير متهم فيه فقبل كـالإقرار فى الصحة يحققه أن حالة المرض أقرب إلى الاحتياط لنفسه وأبرأ لذمته وتحرى الصدق فكان أولى بالقبول وفارق الإقرار للوارث فإنه متهم فيه.

9- مسألة: (ولا يحاص المقر له غرماء الصحة).

(1) انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٧٥).

ولنا: أنه إقرار لزمه فى كتابته فلا يبطل بعجزه كالإقرار بالدين، وعلى الشافعى: أن المكاتب فى يد نفسه، فصح إقراره بالجناية كالحر.

فصل: ويصح الإقرار لكل من يثبت له الحق، فإذا أقر العبد بنكاح أو قصاص أو تعزير القذف صح الإقرار له، صدقه المولى أو كذبه، لأن الحق له دون سيده، وله المطالبة بذلك والعفو عنه، وليس لسيده مطالبته به ولا عفو، وإن كذبه العبد لم يقبل، وإن أقر له بمال صح ويكون لسيده، لأن يد العبد كيد سيده، وقال أصحاب الشافعى: إن قلنا يملك المال صح الإقرار له، وإن قلنا: لا يملك كان الإقرار لمولاه يلزم بتصديقه ويبطل برده، وإن أقر لبهيمة أو دار لم يصح إقراره لها وكان باطلاً، لأنها لا تملك المال مطلقًا ولا يد لها، وإن قال على بسبب هذه البهيمة لم يكن إقرارًا لأحد، ولأنه لم يذكر لمن هى ومن شرط صحة الإقرار ذكر المقر له، وإن قال لمالكها أو لزيد عليَّ بسببها ألف صح الإقرار وإن قال بسبب حمل هذه البهيمة لم يصح إذ لا يمكن إيجاب شيء بسبب الحمل.

فصل: وإن أقر لحمل امرأة بمال وعَزاه إلى إرث أو وصية صح، وكان للحمل وإن أطلق فقال أبو عبد الله بن حامد: يصح، وهو أصح قولى الشافعى، لأنه لا يجوز أن يملك بوجه

وقال أبو الحسن التميمى والقاضى: يحاصهم إذا ثبت عليه دين فى الصحة ثم أقر لأجنبى بدين فى مرض موته واتسع ماله لهما تساويا وإن ضاق عنهما فقيل بينهما سواء، والمذهب أن يقدم الدين الثابت على الدين الذى أقر به فى المرض، قاله أبو الخطاب قال القاضى وهو قياس المذهب، نص أحمد فى المفلس على أنه إذا أقر وعليه دين ببينة يبدأ بالدين الذى بالبينة، وبهذا قال النخعى والثورى وأصحاب الرأى، لأنه أقر بعد تعلق الحق بتركته فوجب أن لا يشارك المقر له من ثبت دينه ببينة كغريم المفلس الذى أقر له بعد الحجر عليه، والدليل على تعلق الحق بماله منعه من التبرع والإقرار لوارث ولأنه محجور عليه، ولهذا لا تنفذ هباته فلم يشارك من أقر له قبل الحجر ومن ثبت دينه ببينة كالذى أقر له المفلس، وظاهر كلام الخرقى أنهما يتحاصان، وهو قول أبى الحسن التميمى، وبه قال مالك والشافعى وأبو عبيد وأبو ثور، وذكر أبو عبيد أنه قول أكثر أهل المدينة فإن أقر لهما فى المرض جميعًا تساويا.

10- مسألة: (وإن أقر لوارث لم يقبل إلا ببينة).

وبهذا قال شريح وأبو هاشم وابن أذينة والنخعى ويحيى الأنصارى وأبو حنيفة وأصحابه وروى ذلك عن القاسم وسالم، وقال عطاء والحسن وإسحاق وأبو ثور: يقبل، لأن من صح الإقرار له من الصحة صح فى المرض كالأجنبى، وللشافعى قولان كالمذهبين، وقال مالك: يصح إذا لم يتهم ويبطل إذا اتهم كمن له بنت وابن عم فأقر لابنته لم يقبل وإن أقر لابن عمه قبل لأنه لا يتهم فى أنه يزوى ابنته ويوصل المال إلى ابن عمه وعلة منع الإقرار التهمة فاختص المنع بموضعها.

صحيح فصح له الإقرار المطلق كالطفل، فعلى هذا إن ولدت ذكرًا أو انثى كان بينهما نصفين، وإن عزاه إلى إرث أو وصية كان بينهما على حسب استحقاقهما لذلك، وقال أبو الحسن التميمي: لا يصح الإقرار إلا أن يعزيه إلى إرث أو وصية، وهو قول أبي ثور، والقول الثاني للشافعي، لأنه لا يملك بغيرهما فإن ولدت الولد ميتًا وكان قد عزى الإقرار إلى إرث أو وصية عادت إلى ورثة الموصي وموروث الطفل وإن أطلق الإقرار كلف ذكر السبب فيعمل بقوله، فإن تعذر التفسير بموته أو غيره بطل إقراره كمن أقر لرجل لا يعرف من أراد بإقراره، وإن عزى الإقرار إلى جهة غير صحيحة فقال لهذا الحمل عليّ ألف أقرضنيها أو وديعة أخذتها منه فعلى قول التميمي الإقرار باطل، وعلى قول ابن حامد ينبغي أن يصح إقراره لأنه وصل إقراره بما يسقطه فيسقط ما وصله به، كما لو قال له عليّ ألف لا تلزمني، وإن قال له عليّ ألف جعلتها له أو نحو ذلك فهي عدة لا يؤخذ بها ولا يصح الإقرار لحمل إلا إذا تيقن أنه كان موجودًا حال الإقرار على ما بين في موضعه، وإن أقر لمسجد أو مصنع أو طريق، وعزاه إلى سبب صحيح، مثل أن يقول: من غلة وقفه صح، وإن أطلق خرج على الوجهين.

٨٤٩- **مسألة:** قال: **(ومن أقر بشيء واستثنى من غير جنسه، كان استثناؤه باطلاً، إلا أن يستثني عينًا من ورق، أو ورقًا من عين)**.

ولنا: أنه إيصال لماله إلى وارثه بقوله في مرض موته فلم يصح بغير رضا بقية ورثته كهبته، ولأنه محجور عليه في حقه فلم يصح الإقرار له كالصبي في حق جميع الناس، وفارق الأجنبي فإن هبته تصح وما ذكره مالك لا يصح، فإن التهمة لا يمكن اعتبارها بنفسها فأجيز اعتبارها بمظنتها وهو الإرث، ولذلك اعتبر في الوصية والتبرع وغيرهما.

11- **مسألة: (إلا أن يقر لزوجته بمهر مثلها فما دونه فيصح)** في قول الجميع لا نعلم فيه مخالفًا إلا أن الشعبي قال: لا يجوز إقراره لها، لأنه إقرار لوارث.

ولنا أنه إقرار بما تحقق سببه وعلم وجوده ولم تعلم البراءة منه فأشبه ما لو كان عليه دين ببينة فأقر بأنه لم يوفه، وكذلك إن اشترى من وارثه شيئًا فأقر له بثمن مثله لأن القول قول المقر له في أنه لم يقبض ثمنه، وإن أقر لامرأته بدين سوى الصداق لم يقبل.

فصل: فإن أقر لها ثم أبانها ثم تزوجها ومات من مرضه لم يقبل إقراره لها، وقال محمد ابن الحسن: يقبل لأنها صارت إلى حال لا يتهم فيها، فأشبه ما لو أقر لمريض ثم برئ.

ولنا: أنه أقر لوارث في مرض الموت.

12- **مسألة: (وإن أقر لوارث وأجنبي بطل في حق الوارث وصح في حق الأجنبي)** وفيه وجه آخر أنه لا يصح كما لو شهد بشهادة يجر إلى نفسه بعضها بطلت شهادته في الكل كما لو شهد لابنه وأجنبي، وقال أبو حنيفة: إن أقر لهما بدين من الشركة فاعترف الأجنبي بالشركة صح الإقرار لهما وإن جحدها صح له دون الوارث.

فى هذه المسألة فصلان: أولهما: أنه لا يصح الاستثناء فى الإقرار من غير الجنس، وبهذا قال زفر ومحمد بن الحسن، وقال أبو حنيفة: إن استثنى مكيلاً أو موزونًا جاز، وإن استثنى عبدًا أو ثوبًا من مكيل أو موزون لم يجز، وقال مالك والشافعى: يصح الاستثناء من غير الجنس مطلقًا، لأنه ورد فى الكتاب العزيز ولغة العرب قال الله تعالى: ﴿وَإِذْ قُلْنَا لِلْمَلائِكَةِ اسْجُدُوا لآدَمَ فَسَجَدُوا إِلاَّ إِبْلِيسَ كَانَ مِنَ الْجِنِّ﴾ (الكهف: ٥٠) وقال الله تعالى: ﴿لا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا وَلا تَأْثِيمًا ﴿٢٥﴾ إِلاَّ قِيلاً سَلامًا﴾ (الواقعة: ٢٥، ٢٦) وقال الشاعر(٦):

* وبَلْدَةٍ ليس بها أنيسُ *

* إلا اليَعَافِيرُ، وإلا العِيسُ *

وقال آخر(٧):

عُيَّتْ جَوابًا، وما بالربع من أحَدِ ... إلا أوارى لأيًا ما أبينها

ولنا: أن الاستثناء صرف اللفظ بحرف الاستثناء عما كان يقتضيه لولاه، وقيل: هو إخراج بعض ما تناوله المستثنى منه مشتق من ثنيت فلانًا عن رأيه إذا صرفته عن رأى كان عازمًا عليه، وثنيت عنان دابتى إذا صرفتها به عن وجهتها التى كانت تذهب إليها، وغير الجنس المذكور ليس بداخل فى الكلام، فإذا ذكره فما صرف الكلام عن صوبه ولا ثناه عن وجه استرساله فلا يكون استثناء وإنما سمى استثناء تجوزًا، وإنما هو فى الحقيقة استدراك، و«إلا» ههنا بمعنى «لكن» هكذا قال أهل العربية، منهم ابن قتيبة، وحكاه عن سيبويه، والاستدراك لا يأتى إلا بعد الجحد، ولذلك لم يأت الاستثناء فى الكتاب العزيز من غير الجنس إلا بعد النفى، ولا يأتى بعده الإثبات إلا أن يوجد بعده جملة، وإذا تقرر هذا فلا مدخل للاستدراك

ولنا: أنه أقر لوارث وأجنبى فيصح للأجنبى دون الوارث كما لو أقر بلفظين أو كما لو جحد الأجنبى الشركة، ويفارق الإقرار الشهادة لقوة الإقرار، ولذلك لا تعتبر فيه العدالة، ولو أقر بشىء له فيه نفع كالإقرار بنسب وارث موسر قبل، ولو أقر بشىء يتضمن دعوى على غيره قبل فيما عليه دون ماله كما لو قال لامرأته، خلعتك على ألف بانت بإقراره والقول قولها فى نفى العوض وكذلك إن قال لعبده: اشتريت نفسك منى بألف.

---

(٦) هذا الرجز لجران العود. واليعافير: جمع يعفور وهو ولد البقر الوحشية. والعيس: هو الإبل تقرب إلى الصفرة، وقيل: هى الإبل البيض مع شقرة يسيرة.

(٧) قلت: هنا وقع خطأ وتصحيف والله أعلم، فإنما هما بيتان فالشطر الأول هو عجز للبيت الأول فيكون هكذا:

وقفت فيها احتيالاً أسائلها ... عيت جوابًا وما بالربع من أحد

والشطر الثانى للبيت فيكون هكذا.

ألا أدارى لأيامها أبينها. . . ... والنوى كالحوض بالمطلوقة الجلد

والبيتان للنابغة الذبيانى فى ديوانه.

في الإقرار لأنه إثبات للمقر به، فإذا ذكر الاستدراك بعده كان باطلاً، وإن ذكره بعد جملة، كأن قال: له عندي مائة درهم إلا ثوبًا لي عليه فيكون مقرًا بشيء مدعيًا لشيء سواه فيقبل إقراره وتبطل دعواه كما لو صرح بذلك بغير لفظ الاستثناء، وأما قوله تعالى: ﴿فَسَجَدُوا إِلاَّ إِبْلِيسَ﴾ فإن إبليس كان من الملائكة، بدليل أن الله تعالى لم يأمر بالسجود غيرهم، فلو لم يكن منهم لما كان مأمورًا بالسجود ولا عاصيًا بتركه، ولا قال الله تعالى في حقه: ﴿فَفَسَقَ عَنْ أَمْرِ رَبِّهِ﴾ (الكهف: ٥٠) ولا قال: ﴿مَا مَنَعَكَ أَلاَّ تَسْجُدَ إِذْ أَمَرْتُكَ﴾ (الأعراف: ١٢) وإذا لم يكن مأمورًا فلم أنكسه الله وأهبطه ودحره؟ ولم يأمر الله تعالى بالسجود إلا الملائكة، **فإن قالوا:** بل قد تناول الأمر الملائكة ومن كان معهم، فدخل إبليس في الأمر لكونه معهم، **قلنا:** قد سقط استدلالكم، فإنه متى كان داخلاً في المستثنى منه مأمورًا بالسجود فاستثناؤه من الجنس، وهذا ظاهر لمن أنصف إن شاء الله تعالى(٨)، فعلى هذا متى قال: له عليَّ ألف

13- مسألة: (وإن أقر لوارث فصار عند الموت غير وارث لم يصح، وإن أقر لغير وارث صح، وإن صار وارثًا، نص عليه، وقال إن الاعتبار بحال الموت فيصح في الأولى ولا يصح في الثانية كالوصية).

وجملة ذلك أنه إذا أقر لوارث فصار غير وارث أقر لأخيه ولا ولد له ثم ولد له ابن لم يصح إقراره له، وإن أقر لغير وارث ثم صار وارثًا صح إقراره له، نص عليه أحمد في رواية ابن منصور إذا أقر لامرأة بدين في المرض ثم تزوجها جاز إقراره لأنه غير متهم، وحكى له قول سفيان في رجل له ابنان فأقر لأحدهما بدين في مرضه ثم مات الابن وترك ابنًا والأب حي ثم مات بعد ذلك جاز إقراره، فقال أحمد: لا يجوز، وبهذا قال عثمان البتي، وذكر أبو

---

(٨) **قلت:** وهذا الاستدلال مردود عليه من كتاب الله وسنة رسوله ﷺ وأقوال الصحابة، أما كتاب الله تعالى فقوله: ﴿إِلاَّ إِبْلِيسَ كَانَ مِنَ الْجِنِّ﴾ والملائكة لا يستكبرون وهو قد استكبر لقوله تعالى: ﴿إِلاَّ إِبْلِيسَ أَبَىٰ وَاسْتَكْبَرَ﴾ وأن الملائكة خلقوا من نور وخلق الجن كما قال تعالى: ﴿مِن مَّارِجٍ مِّن نَّارٍ﴾ وقد خلق مما خلق منه الجن كما يدل قوله تعالى حكاية عنه: ﴿أَنَا خَيْرٌ مِّنْهُ خَلَقْتَنِي مِن نَّارٍ وَخَلَقْتَهُ مِن طِينٍ﴾ وأما السنة فقوله ﷺ في الصحيح: «إن الله خلق الملائكة من نور، وخلق إبليس من مارج من نار، وخلق آدم مما وصف لكم» وذكر الشوكاني في كتابه فتح القدير (١/ ٩٧، ٩٨) قال: أخرج ابن أبي حاتم عن محمد بن كعب القرظي قال: ابتدأ الله خلق إبليس على الكفر والضلالة وعمل بعمل الملائكة فصيره إلى ما ابتدى إليه خلقه من الكفر، قال الله: ﴿وَكَانَ مِنَ الْكَافِرِينَ﴾ يستدل ابن تيمية في الرد على سؤال ورد إليه في كتابه مجموع الفتاوى (٤/ ٣٤٦) حين أمر الله الملائكة بالسجود لآدم لم يكن في المأمورين بالسجود أحد من الشياطين، لكن أبوهم إبليس هو كان مأمورًا فامتنع وعصى وجعله بعض الناس من الملائكة لدخوله في الأمر بالسجود، وبعضهم من الجن لأن له قبيلاً وذرية وبكونه خلق من نار والملائكة خلقوا من نور.

التحقيق: أنه كان منهم باعتبار صورته، وليس منهم باعتبار أصله ولا باعتبار مثاله، ولم يخرج من السجود لآدم أحد من الملائكة: لا جبريل ولا ميكائيل ولا غيرهما. اهـ.

درهم إلا ثوبًا لزمه الألف وسقط الاستثناء، بمنزلة ما لو قال له عليَّ ألف درهم لكن لى عليه ثوب.

الفصل الثانى: إذا استثنى عينًا من ورِقٍ أو ورِقًا من عين فاختلف أصحابنا فى صحته فذهب أبو بكر عبد العزيز إلى أنه لا يصح لما ذكرنا، وهو قول محمد بن الحسن، وقال ابن أبى موسى: فيه روايتان واختار الخرقى صحته، لأن قدر أحدهما معلوم من الآخر ويعبر بأحدهما عن الآخر، فإن قومًا يسمون تسعة دارهم دينارًا، وآخرون يسمون ثمانية دراهم دينارًا، فإذا استثنى أحدهما من الآخر علم أنه أراد التعبير بأحدهما عن الآخر فإذا قال له: على دينار إلا ثلاثة دارهم فى موضع يعبر فيه بالدينار عن تسعة، كان معناه له على تسعة دراهم إلا ثلاثة، ومهما أمكن حمل الكلام على وجه صحيح لم يجز إلغاؤه، وقد أمكن بهذا الطريق فوجب تصحيحه، وقال أبو الخطاب: لا فرق بين العين والورق وبين غيرهما ويلزم من صحة استثناء أحدهما من الآخر صحة استثناء الثياب وغيره، وقد ذكرنا الفرق ويمكن الجمع بين الروايتين بحمل رواية الصحة على ما إذا كان أحدهما يعبر به عن الآخر أو يعلم قدره منه ورواية البطلان على ما إذا انتفى ذلك، والله أعلم.

فصل: ولو ذكر نوعًا من جنس واستثنى نوعًا آخر من ذلك الجنس مثل أن يقول: له عليَّ عشرة آصع تمرًا برنيًا إلا ثلاثة تمرًا معقليًا لم يجز لما ذكرناه من الفصل الأول ويخالف العين والورق، لأن قيمة أحد النوعين غير معلومة من الآخر ولا يعبر بأحدهما عن الآخر، ويحتمل على قول الخرقى جوازه لتقارب المقاصد من النوعين، فهما كالعين والورق، والأول أصح لأن العلة الصحيحة فى العين والورق غير ذلك.

الخطاب رواية أخرى فى الصورتين مخالفة لما قلنا، وهو قول سفيان الثورى والشافعى، لأنه معنى يعتبر فيه عدم الميراث فكان الاعتبار فيه بحالة الموت كالوصية.

ولنا: أنه قول يعتبر فيه التهمة فاعتبرت حال وجوده دون غيره كالشهادة، ولأنه إذا أقر لغير وارث ثبت الإقرار وصح لوجوده من أهله خاليًا عن تهمة فثبت الحق به، ولم يوجد مسقط له فلا يسقط، وإذا أقر لوارث وقع باطلاً لاقتران التهمة به فلا يصح بعد ذلك ولأنه إذا أقر لوارث فلا يصح كما لو استمر الميراث، وإن أقر لغير وارث صح واستمر كما لو استمر عدم الإرث، أما الوصية فإنها عطية بعد الموت فاعتبرت فيها حالة الموت بخلاف مسألتنا.

14- **مسألة: (وإن أقر لامرأته بدين ثم أبانها ثم تزوجها لم يصح إقراره لها)** إذا مات من مرضه، لأنه إقرار لوارث فى مرض الموت أشبه ما لو لم يبنها.

15- **مسألة: (وإن أقر المريض بوارث صحيح صح وعنه لا يصح)**.

يصح إقرار المريض بوارث فى إحدى الروايتين، والأخرى لا يصح، لأنه أقر لوارث فأشبه الإقرار له بمال والأول أصح، لأنه عند الإقرار غير وارث فصح كما لو لم يصر وارثًا،

فصل: فأما استثناء بعض ما دخل فى المستثنى منه فجائز بغير خلاف علمناه، فإن ذلك كلام العرب وقد جاء فى الكتاب والسنة، قال الله تعالى: ﴿فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلاَّ خَمْسِينَ عَامًا﴾ (العنكبوت: ١٤) وقال: ﴿فَسَجَدَ الْمَلائِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ (٣٠) إِلاَّ إِبْلِيسَ﴾ (الحجر: ٣٠، ٣١) وقال النبى ﷺ فى الشهيد: «يكفر عنه خطاياه كلها إلا الدين»(٩) وهذا فى الكتاب والسنة كثير وفى سائر كلام العرب، فإذا أقر بشيء واستثنى منه كان مقرّا بالباقى بعد الاستثناء فإذا قال له على مائة إلا عشرة كان مقرّا بتسعين لأن الاستثناء يمنع أن يدخل فى اللفظ ما لولاه لدخل فإنه لو دخل لما أمكن إخراجه، ولو أقر بالعشرة المستثناة لما قبل منه إنكارها وقول الله تعالى: ﴿فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلاَّ خَمْسِينَ عَامًا﴾ إخبار بتسعمائة وخمسين، فالاستثناء يبين أن الخمسين المستثناة غير مرادة، كما أن التخصيص يبين أن المخصوص غير مراد باللفظ العام، وإن قال إلا ثلثها أو ربعها صح، وكان مقرّا بالباقى بعد المستثنى، وإن قال هذه الدار لزيد إلا هذا البيت كان مقرّا بما سوى البيت منها وكذلك إن قال: هذه الدار له وهذا البيت لى صح أيضًا لأنه فى معنى الاستثناء لكونه أخرج بعض ما دخل فى اللفظ الأول بكلام متصل، وإن قال: له هؤلاء العبيد إلا هذا صح وكان مقرّا بمن سواه منهم، وإن قال واحدًا صح لأن الإقرار يصح مجهولاً فكذلك الاستثناء منه، ويرجع فى تعيين المستثنى إليه لأن الحكم يتعلق

ويمكن بناء هذه المسألة على ما إذا أقر لغير وارث فصار وارثًا، فمن صحح الإقرار ثَمَّ صححه ههنا ومن أبطله أبطله.

16- **مسألة:** (**وإن أقر بطلاق امرأته فى صحته لم يسقط ميراثها**) إذا كان الإقرار فى مرضه لأنه متهم بقصد حرمانها الميراث فلم يبطل كما لو طلقها فى مرضه.

فصل: ويصح إقرار المريض بإحبال الأمَة، لأنه ملك ذلك فملك الإقرار به، وكذلك كل ما ملكه ملك الإقرار به فإذا أقر بذلك ثم مات فإن بين أنه استولدها فى ملكه فولده حر الأصل وأمه أم ولد تعتق من رأس المال، وإن قال: من نكاح أو وطء شبهة عتق الولد ولم تصر الأمة أم ولد، فإن كان من نكاح فعليه الولاء، لأنه مسه رقٌّ وإن كان من وطء شبهة لم تصر الأمة أم ولد وإن لم يتبين السبب فالأمة مملوكة، لأن الأصل الرق ولم يثبت سبب الحرية ويحتمل أن تصير أم ولد، لأن الظاهر استيلادها فى ملكه من قبل مملوكته والولادة موجودة ولا ولاء على الولد، لأن الأصل عدمه فلا يثبت إلاَّ بدليل.

فصل: قال الشيخ رحمه الله (**وإن أقر العبد بحد أو قصاص أو طلاق صح وأخذ به إلاَّ أن يقر بقصاص فى النفس فنص أحمد أنه يتبع به بعد العتق، وقال أبو الخطاب: يؤخذ به فى الحال**).

---

(٩)أخرجه مسلم (٣/ إمارة/ ١٥٠١، ١٥٠٢، ١١٧، ١١٩، ١٢٠) والترمذى (٣/ ١٧١٢) والنسائى (٦/ ٣٤، ٣٥) وأحمد فى مسنده (٢/ ٣٠٨، ٣٣٠) (٣/ ٣٥٢، ٣٧٣).

بقوله وهو أعلم بمراده به، وإن عين من عدا المستثنى صح وكان الباقى له فإن هلك العبيد إلا واحداً فذكر أنه المستثنى قبل، ذكره القاضى وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى وقال أبو الخطاب: لا يقبل فى أحد الوجهين وهو الوجه الثانى لأصحاب الشافعى لأنه يرفع به الإقرار كله والصحيح أنه يقبل، لأنه يقبل تفسيره به فى حياتهم لمعنى هو موجود بعد موتهم فقبل كحالة حياتهم وليس هذا رفعاً للإقرار وإنما تعذر تسليم المقر به لتلفه لا لمعنى يرجع إلى التفسير فأشبه ما لو عَيَّنه فى حياتهم فتلف بعد تعيينه، وإن قتل الجميع إلا واحداً قبل تفسيره بالباقى وجهاً واحداً، وإن قتل الجميع فله قيمة أحدهم ويرجع فى التفسير إليه، وإن قال: غصبتك هؤلاء العبيد إلا واحداً فهلكوا إلا واحداً قبل تفسيره به وجهاً واحداً لأن المقر له يستحق قيمة الهالكين فلا يقضى التفسير بالباقى إلى سقوط الإقرار بخلاف التى قبلها.

فصل: وحكم الاستثناء بسائر أدواته حكم الاستثناء بإلا، فإذا قال: له علىَّ عشرة سوى درهم، أو ليس درهماً أو خلا درهماً أو عدا درهماً أو ما خلا أو ما عدا درهماً أو لا يكون درهم أو غيرَ درهم ـ بفتح الراء ـ كان مقرّاً بتسعة، وإن قال: غيرُ درهم، بضم رائها وهو من أهل العربية كان مقرّاً بعشرة لأنها تكون صفة للعشرة المقر بها ولا يكون استثناء فإنها لو كانت استثناء كانت منصوبة وإن لم يكن من أهل العربية لزمه تسعة لأن الظاهر أنه إنما يريد الاستثناء لكنه رفعها جهلاً منه بالعربية لا قصداً للصفة.

فصل: ولا يصح الاستثناء إلا أن يكون متصلاً بالكلام، فإن سكت سكوتاً يمكنه الكلام

وجملة ذلك أن العبد يصح إقراره بالحد والقصاص فيما دون النفس، لأن الحق له دون مولاه، ولا يصح إقرار المولى عليه بما يوجب القصاص ويجب المال دون القصاص، لأن المال يتعلق برقبته وهي مال السيد فصح إقراره بجناية الخطأ، وهو الذى ذكره شيخنا فى كتاب الكافى، وأما إقراره بما يوجب القصاص فى النفس فالمنصوص عن أحمد أنه لا يقبل ويتبع به بعد العتق، وبه قال زفر والمزنى وداود وابن جرير الطبرى، لأنه يسقط حق سيده بإقراره فأشبه الإقرار بقتل الخطأ، ولأنه يتهم فى أنه يقر لرجل ليعفو عنه ويستحق أخذه فيتخلص بذلك من سيده، واختار أبو الخطاب أنه يصح إقراره، وهو قول أبى حنيفة ومالك والشافعى، ولأنه أحد نوعى القصاص فصح إقراره به كما دون النفس، وبهذا الأصل ينتقض دليل الأول وينبغى على هذا القول أن لا يصح عفو ولى الجناية على مال إلا باختيار سيده لئلا يفضى إلى إيجاب المال على سيده بإقرار غيره، ولا يقبل إقرار العبد بجناية الخطأ ولا شبه العمد ولا بجناية عمد موجبها المال كالجائفة والمأمومة، لأنه إيجاب حق فى رقبته وذلك يتعلق بالمولى.

17- مسألة: (وإن أقر العبد غير المأذون له بمال لم يقبل فى الحال ويتبع به بعد العتق) لأنه تصرف فيما هو حق للسيد، فعلى هذا يتبع به بعد العتق عملاً بإقراره على نفسه، وعنه يتعلق برقبته كجنايته.

فيه أو فصل بين المستثنى منه والمستثنى بكلام أجنبى لم يصح لأنه إذا سكت أو عدل عن إقراره إلى شىء آخر استقر حكم ما أقر به فلم يرتفع بخلاف ما إذا كان فى كلامه فإنه لا يثبت حكمه وينتظر ما يتم به كلامه، ويتعلق به حكم الاستثناء والشرط والعطف والبدل ونحوه.

فصل: ولا يصح استثناء الكل بغير خلاف، لأن الاستثناء رفع بعض ما تناوله اللفظ واستثناء الكل رفع الكل، فلو صح صار الكلام كله لغوًا غير مفيد فإن قال: له علىَّ درهم ودرهم إلا درهمًا، أو ثلاثة دراهم ودرهمان إلا درهمين أو ثلاثة ونصف إلا نصفًا أو إلا درهمًا أو خمسة وتسعون إلا خمسة، لم يصح الاستثناء، ولزمه جميع ما أقر به قبل الاستثناء، وهذا قول الشافعى، وهو الذى يقتضيه مذهب أبى حنيفة، وفيه وجه آخر أنه يصح، لأن الواو العاطفة تجمع بين العددين وتجعل الجملتين كالجملة الواحدة، ومن أصلنا أن الاستثناء إذا تعقب جملاً معطوفًا بعضها على بعض بالواو عاد إلى جميعها كقولنا فى قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴿٤﴾ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا﴾ (النور: ٤، ٥) إن الاستثناء عاد إلى الجملتين، فإذا تاب القاذف قبلت شهادته، ومن ذلك قول النبى ﷺ: «لا يَؤُمَّنَّ الرجُلُ الرجُلَ فى سلطانه ولا يجلس على تكرمته إلا بإذنه»(١٠) والوجه الأول أولى، لأن الواو لم تخرج الكلام من أن يكون جملتين والاستثناء يرفع إحداهما جميعًا ولا نظير لهذا فى

18- **مسألة: (وإن أقر السيد عليه بمال أو ما يوجبه كجناية الخطأ قبل)** لأنه إيجاب حق فى ماله.

19- **مسألة: (وإن أقر العبد بسرقة مال فى يده وكذبه السيد قبل إقراره فى القطع دون المال).**

وجملة ذلك أن العبد إذا أقر بسرقة موجبها القطع والمال فأقر بها العبد وجب قطعه ولم يجب المال، سواء كان ما أقر بسرقته باقيًا أو تالفًا فى يد السيد أو يد العبد، قال أحمد فى عبد أقر بسرقة دراهم فى يده أنه سرقها من رجل والرجل يدعى ذلك والسيد يكذبه: فالدراهم لسيده ويقطع العبد ويتبع بذلك بعد العتق، وللشافعى فى وجوب المال فى هذه الصورة وجهان، ويحتمل أن لا يجب القطع، لأن ذلك شبهة فيدرأ بها القطع لكونه حدًا يدرأ بالشبهات وهذا قول أبى حنيفة وذلك، لأن العين التى أقر بسرقتها لم يثبت حكم السرقة فيها فلا يثبت حكم القطع بها.

فصل: وإن أقر العبد برقه لغير من هو فى يده لم يقبل إقراره، لأن إقراره بالرق إقرار بالملك والعبد لا يقبل إقراره بمال، لأنَّا لو قبلنا إقراره أضر بالسيد، ولأنه إذا شاء أقر لغير

---

(١٠) أخرجه مسلم (١/ مساجد/ ٤٦٥/ ٢٩٠) وأبو داود (١/ ٥٨٢، ٥٨٣، ٥٨٤) والترمذى (١/ ٢٣٥) والنسائى (٢/ ح ٧٧٩) وابن ماجه (١/ ح ٩٨٠) وأحمد فى مسنده (١/ ٣١٣، ٣١٤) والبيهقى فى السنن (٣/ ١٩، ١٢٥) والحاكم (١/ ٢٤٣) والطيالسى (٦١٨).

كلامهم، ولأن صحة الاستثناء تجعل إحدى الجملتين مع الاستثناء لغواً لأنه أثبت شيئًا بلفظ مفرد ثم رفعه كله فلا يصح كما لو استثنى منها وهى غير معطوفة على بعضها، فأما الآية والخبر فإن الاستثناء لم يرفع إحدى الجملتين إنما أخرج من الجملتين معًا من اتصف بصفة فنظيره ما لو قال للبواب: من جاء يستأذن فأذن له وأعطه درهمًا إلا فلانًا، ونظير مسألتنا ما لو قال: أكرم زيدًا وعمرًا إلا عمرًا، وإن قال: له عليَّ درهمان وثلاثة إلا درهمين، لم يصح أيضًا لأنه يرفع الجملة الأولى كلها فأشبه ما لو قال: أكرم زيدًا وعمرًا إلا زيدًا، وإن قال: له على ثلاثة وثلاثة إلا درهمين خرج فيها وجهان، لأنه استثنى أكثر الجملة التى تليه واستثناء الأكثر فاسد كاستثناء الكل.

فصل: وإن استثنى استثناء بعد استثناء وعطف الثانى على الأول كان مضافًا إليه، فإذا قال: له عليَّ عشرة إلا ثلاثة وإلا درهمين كان مستثنيًا لخمسة مبقيًا لخمسة، وإن كان الثانى غير معطوف على الأول كان استثناء من الاستثناء وهو جائز في اللغة، وقد جاء فى كلام الله تعالى فى قوله: ﴿قَالُوا إِنَّا أُرْسِلْنَا إِلَىٰ قَوْمٍ مُّجْرِمِينَ (٥٨) إِلَّا آلَ لُوطٍ إِنَّا لَمُنَجُّوهُمْ أَجْمَعِينَ (٥٩) إِلَّا امْرَأَتَهُ قَدَّرْنَا إِنَّهَا لَمِنَ الْغَابِرِينَ﴾ (الحجر: ٥٨ - ٦٠)فإذا كان صدر الكلام إثباتا كان الاستثناء الأول نفيا والثانى إثباتًا، فإن استثنى استثناء ثالثًا كان نفيًا يعود كل استثناء إلى ما يليه من الكلام، فإذا قال: له عشرة إلا ثلاثة إلا درهمًا كان مقرًا بثمانية، لأنه أثبت عشرة ثم أثبت درهمًا وبقى

سيده فأبطل ملكه، فإن أقر السيد لرجل وأقر هو لآخر فهو للذى أقر له السيد، لأنه فى يد السيد لا فى يد نفسه، ولأنه لو قبل إقرار العبد لما قبل إقرار السيد كالحد وجناية العمد.

فصل: ويصح الإقرار لكل من يثبت له الحق، فإذا أقر لعبد بنكاح أو قصاص أو تعزير القذف صح الإقرار له صدقه المولى أو كذبه، لأن الحق له دون سيده وله المطالبة بذلك والعفو عنه، وليس لسيده مطالبته به ولا عفو وإن كذبه العبد لم يقبل إقراره، وإن أقر له بمال صح ويكون لسيده، لأن يد العبد كيد سيده، وقال أصحاب الشافعى: إن قلنا يملك المال صح الإقرار له، وإن قلنا لا يملك كان الإقرار لمولاه يلزم بتصديقه ويبطل برده.

20- **مسألة: (وإن أقر السيد لعبده بمال لم يصح)**لأن العبد لسيده فلا يصح إقراره لنفسه، وإن أقر العبد لسيده لم يصح، لأنه أقر له بماله فلم يفده الإقرار شيئًا.

21- **مسألة: (وإن أقر أنه باع عبده من نفسه بألف وأقر العبد به ثبت ويكون كالكتابة، وإن أنكر عتق ولم يلزمه الألف)**لأنه أقر لعبده بسبب العتق فعتق وتبقى دعواه عليه لا تلزمه كما لم تلزم غيره.

22- **مسألة: (وإن أقر لعبد غيره بمال صح وكانت لمالكه)**لأن مال العبد لسيده.

23- **مسألة: (وإن أقر لبهيمة لم يصح)**لأنها لا تملك ولا لها أهلية الملك، وإن قال: على بسبب هذه البهيمة لم يكن إقرارًا لأحد، لأنه لم يذكر لمن هى، ومن شرط صحة الإقرار

من الثلاثة المنفية درهمان مستثنيان من العشرة فيبقى منها ثمانية، وسنزيد لهذا الفصل فى مسألة استثناء الأكثر.

فصل: إذا قال: له هذه الدار هبة أو سكنى أو عارية كان إقرارًا بما أبدل به كلامه ولم يكن إقرارًا بالدار، لأنه رفع بآخر كلامه بعض ما دخل فى أوله فصح كما لو أقر بجملة واستثنى بعضها، وذكر القاضى فى هذا وجهًا أنه لا يصح لأنه استثناء من غير الجنس وليس هذا استثناء إنما هذا بدل وهو سائع فى اللغة، ويسمى هذا النوع من البدل بدل الاشتمال وهو أن يبدل من الشىء بعض ما يشتمل عليه ذلك الشىء كقوله: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ قُلْ قِتَالٌ فِيهِ﴾ (البقرة: ٢١٧) فأبدل القتال من الشهر المشتمل عليه، وقال تعالى إخبارًا عن موسى عليه السلام أنه قال: ﴿وَمَا أَنسَانِيهُ إِلاَّ الشَّيْطَانُ أَنْ أَذْكُرَهُ﴾ (الكهف: ٦٣) أى أنسانى ذكره، وإن قال له هذه الدار ثلثها أو قال ربعها صح ويكون مقرّا بالجزء الذى أبدله وهذا بدل البعض وليس ذلك باستثناء، ومثله قوله تعالى: ﴿قُمِ اللَّيْلَ إِلاَّ قَلِيلاً (٢) نِّصْفَهُ﴾ (المزمل: ٢، ٣) وقوله: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً﴾ (آل عمران: ٩٧) ولكنه فى معنى الاستثناء فى كونه يخرج من الكلام بعض ما يدخل فيه لولاه، ويفارقه فى أنه يجوز أن يخرج أكثر من النصف وأنه يجوز إبدال الشىء من غيره إذا كان مشتملاً عليه، ألا ترى أن الله تعالى أبدل المستطيع للحج من الناس وهو أقل من نصفهم وأبدل القتال من الشهر الحرام وهو

ذكر المقر له، فإن قال: لمالكها ولزيد علىَّ بسببها ألف صح الإقرار، وإن قال: بسبب حمل هذه البهيمة لم يصح إذ لا يمكن إيجاب شىء بسبب الحمل، وقيل: يصح ويكون لمالكها كالإقرار للعبد.

24- مسألة: (وإن تزوج مجهولة النسب فأقرت بالرق لم يقبل إقرارها).

لأنها تقر على حق الزوج، وعنه تقبل فى نفسها، لأنها عاقلة مكلفة فيقبل إقرارها على نفسها كما لو أقرت بمال، ولا يقبل إقرارها بفسخ النكاح ورق الأولاد، لأن ذلك حق الزوج، وإن أولدها بعد الإقرار ولدًا كان رقيقًا، لأنه حدث بعد ثبوت رقها، وإن أقر بولد أمته أنه ابنه ثم مات ولم يتبين هل أتت به فى ملكه أو غيره؟ فهل تصير أم ولد؟ على وجهين: **أحدهما:** لا تصير أم ولد لاحتمال أنها أتت به فى ملك غيره، **والثانى:** تصير أم ولد له، لأنه أقر بولدها وهى فى ملكه فالظاهر أنه استولدها فى ملكه.

فصل: قال الشيخ رحمه الله: **(وإذا أقر الرجل بنسب صغير أو مجنون مجهول النسب أنه ابنه ثبت نسبه به).**

وجملة ذلك أن للإقرار بالنسب شروطًا وهو على ضربين:

أحدهما: أن يقر على نفسه خاصة **والثانى:** أن يقر عليه وعلى غيره، فإن أقر على نفسه خاصة مثل أن يقر بنسب ولد فيعتبر فى ثبوت نسبه أربعة شروط: **أحدها:** أن يكون المقر به

غيره؟ ومتى قال له هذه الدار سكنى أو عارية ثبت فيها حكم ذلك وله أن لا يسكنه إياها وأن يعود فيما أعاره.

٨٥٠- **مسألة:** قال: **(ومن ادعى عليه شيء وقال قد كان له على وقضيته لم يكن ذلك إقرارًا).**

حكى ابن أبي موسى أن في المسألة روايتين: **إحداهما**: أن هذا ليس بإقرار، اختاره القاضي وقال: لم أجد عن أحمد رواية بغير هذا، **والثانية**: أنه مقر بالحق مدع لقضائه فعليه البينة بالقضاء، وإلا حلف غريمه وأخذ، واختاره أبو الخطاب، وهو قول أبي حنيفة، لأنه أقر بالدين وادعى القضاء فلم تقبل دعواه كما لو ادعى القضاء بكلام منفصل ولأنه رفع جميع ما أثبته فلم يقبل كاستثناء الكل، وللشافعي قولان كالمذهبين، ووجه قول الخرقي: أنه قول متصل يمكن صحته ولا تناقض فيه فوجب أن يقبل كاستثناء البعض، وفارق المنفصل لأن حكم الأول قد استقر بسكوته عليه فلا يمكن رفعه بعد استقراره ولذلك لا يرفع بعضه باستثناء ولا غيره، فما يأتي بعده من دعوى القضاء يكون دعوى مجردة لا تقبل إلا ببينة وأما استثناء الكل فمتناقض لأنه لا يمكن أن يكون عليه ألف وليس عليه شيء.

فصل: وإن قال له عليَّ مائة وقضيته منها خمسين فالكلام فيها كالكلام فيما إذا قال

مجهول النسب، فإن كان معروف النسب لم يصح، لأنه يقطع نسبه الثابت من غيره وقد لعن النبي ﷺ من انتسب إليه غير أبيه أو تولى غير مواليه، **الثاني**: أن لا ينازعه فيه منازع، لأنه إذا نازعه فيه غيره تعارضا فلم يكن إلحاقه بأحدهما أولى من الآخر، **الثالث**: أن يمكن صدقه بأن يكون المقر به يحتمل أن يولد لمثل المقر، **الرابع**: أن يكون ممن لا قول له كالصغير والمجنون أو يصدق المقر إن كان ذا قول وهو المكلف، لأنه مكلف أقر بحق ليس فيه نفع فلزم كما لو أقر بمال، فإن كان غير المكلف لم يعتبر تصديقه، فإن كبر وعقل فأنكر لم يسمع إنكاره، لأن نسبه ثابت وجرى ذلك مجرى من ادعى ملك عبد صغير في يده وثبت بذلك ملكه فلما كبر جحد ذلك، ولو طلب إحلافه على ذلك لم يستحلف، لأن الأب لو عاد بجحد النسب لم يقبل منه، ويحتمل أن يبطل نسب المكلف باتفاقهما على الرجوع عنه، لأنه يثبت باتفاقهما فزال برجوعهما كالمال والأول أصح، لأنه نسب ثبت بالإقرار فأشبه نسب الصغير والمجنون، وفارق المال، لأن النسب يحتاط لإثباته، وإن اعترف إنسان أن هذا أبوه فهو كاعترافه بأنه ابنه، الضرب الثاني أن يقر عليه وعلى غيره كإقراره بأخ فسنذكره إن شاء الله تعالى.

25- **مسألة: (فإن كان الصغير المقر بنسبه ميتًا ورثه، لأنه ثبت نسبه وبهذا قال الشافعي ويحتمل أن يثبت نسبه دون ميراثه، لأنه متهم في قصد أخذ ميراثه، وقال أبو حنيفة: لا يثبت نسبه ولا إرثه لذلك).**

وقضيتها، وإن قال له إنسان لى عليك مائة فقال قضيتك منها خمسين فقال القاضى: لا يكون مقرّا بشىء لأن الخمسين التى ذكر أنه قضاها فى كلامه ما تمنع بقاءها وهو دعوى القضاء وباقى المائة لم يذكرها، وقوله منها يحتمل أن يريد بها مما يدعيه ويحتمل مما على فلا يثبت عليه شىء بكلام محتمل، ويجىء على قول من قال بالرواية الأخرى أن يلزمه الخمسون التى ادعى قضاءها، لأن فى ضمن دعوى القضاء إقرار بأنها كانت عليه فلا تقبل دعوى القضاء بغير بينة.

فصل: وإن قال كان له علىَّ ألف وسكت لزمه الألف فى ظاهر كلام أصحابنا، وهو قول أبى حنيفة وأحد قولى الشافعى وقال فى الآخر: لا يلزمه شىء وليس هذا بإقرار، لأنه لم يذكر عليه شيئًا فى الحال إنما أخبر بذلك فجاز فى ماضٍ فلا يثبت فى الحال ولذلك لو شهدت البينة به لم يثبت.

ولنا: أنه أقر بالوجوب ولم يذكر ما يرفعه فبقى على ما كان عليه ولهذا لو تنازعا دارًا فأمر أحدهما للآخر أنها كانت ملكه حكم بها له إلا أنه ههنا إن عاد فادعى القضاء أو الإبراء سمعت دعواه، لأنه لا تنافى بين إقراره وبين ما يدعيه.

فصل: وإن قال له على ألف قضيته إياها لزمه الألف ولم تقبل دعوى القضاء، وقال القاضى: تقبل، لأنه رفع ما أثبته بدعوى القضاء متصلاً فأشبه ما لو قال كان له على وقضيته،

ولنا: أن علة ثبوت نسبه فى حياته الإقرار به وهو موجود بعد الموت فيثبت كحالة الحياة، وما ذكروه يبطل بما إذا كان المقر به حيّا موسرًا والمقر فقيرًا فإنه يثبت نسبه ويملك المقر التصرف فى ماله وإنفاقه على نفسه، وإن كان المقر به كبيرًا عاقلاً فكذلك فى قول القاضى وظاهر مذهب الشافعى أنه لا قول له أشبه الصغير، وفيه وجه آخر لا يثبت نسبه، لأن نسب المكلف لا يثبت إلا بتصديقه ولم يوجد، ويجاب عن هذا بأنه غير مكلف، فإن ادعى نسب المكلف فى حياته فلم يصدقه حتى مات المقر ثم صدقه ثبت نسبه، لأنه وجد الإقرار والتصديق.

فصل: فإن أقرت امرأة بولد ولم تكن ذات زوج ولا نسب قبل إقرارها، وإن كانت ذات زوج فهل يقبل إقرارها؟ على روايتين: **إحداهما**: لا يقبل، لأن فيه حملاً لنسب الولد على زوجها ولم يقر به، أو إلحاقًا للعار به بولادة امرأته من غيره **والثانى**: يقبل، لأنها شخص أقر بولد يحتمل أن يكون منه فقبل كالرجل، وقال أحمد فى رواية ابن منصور فى امرأة ادعت ولدًا: فإن كان لها إخوة أو نسب معروف فلا بد أن يثبت أنه ابنها وإن لم يكن لها دافع فمن يحول بينها وبينه، وهذا لأنها إذا كانت ذات أهل فالظاهر أنه لا يخفى عليهم ولادتها، فمتى ادعت ولدًا لا يعرفونه فالظاهر كذبها، ويحتمل أن يقبل دعواها مطلقًا، لأن النسب يحتاط له فأشبهت الرجل وقد ذكرنا نحو ذلك فى اللقيط.

وقال ابن أبى موسى: إن قال قضيت جميعه لم يقبل إلا ببينة ولزمه ما أقر به وله اليمين على المقر له ولو قال: قضيت بعضه قبل منه فى إحدى الروايتين، لأنه رفع بعض ما أقر به بكلام متصل، فأشبه ما لو استثناه بخلاف ما إذا قال قضيت جميعه لكونه رفع جميع ما هو ثابت، فأشبه استثناء الكل.

ولنا: أن هذا قول متناقض إذ لا يمكن أن يكون عليه ألف قد قضاه، فإن كونه عليه يقتضى بقاءه فى ذمته واستحقاق مطالبته به وقضاؤه يقتضى براءة ذمته وتحريم مطالبته به والإقرار به يقتضى ثبوته والقضاء يقتضى رفعه وهذان ضدان لا يتصور اجتماعهما فى زمن واحد بخلاف ما إذا قال كان له على وقضيته فإنه أخبر بهما فى زمانين ويمكن أن يرتفع ما كان ثابتًا ويقضى ما كان دينًا وإذا لم يصح هذا فى الجميع لم يصح فى البغض لاستحالة بقاء ألف عليه وقد قضى بعضه، ويفارق الاستثناء، فإن الاستثناء مع المستثنى منه عبارة عن الباقى من المستثنى منه فقول الله تعالى: ﴿فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلاَّ خَمْسِينَ عَامًا﴾ (العنكبوت: ١٤) وقال: عبارة عن تسعمائة وخمسين، أما القضاء فإنما يرفع جزءًا كان ثابتًا، فإذا ارتفع بالقضاء لا يجوز التعبير عنه بما يدل على البقاء.

فصل: وإن قدمت امرأة من بلد الروم معها طفل فأقر به رجل لحقه لوجود الإمكان وعدم المنازع، لأنه يحتمل أن يكون دخل أرضهم أو دخلت هى دار الإسلام فوطئها والنسب يحتاط لإثباته ولهذا لو ولدت امرأة رجل وهو غائب عنها بعد عشر سنين أو أكثر من غيبته لحقه، وإن لم يعرف له قدوم إليها، ولا عرف لها خروج من بلدها.

26- مسألة: (ومن ثبت نسبه فجاءت أمه بعد موت المقر فادعت الزوجية لم يثبت بذلك).

لأنها مجرد دعوى فلم تثبت بها زوجية كما لو كان حيًا، ولأنه يحتمل أن يكون من وطء شبهة أو نكاح فاسد.

فصل: وإن أقر رجل بنسب صغير لم يكن مقرًا بزوجية أمه، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: إذا كانت مشهورة بالحرية كان مقرًا بزوجيتها، لأن أنساب المسلمين وأحوالهم يجب حملها على الصحة وهو أن يكون ولدته منه فى نكاح صحيح.

ولنا: أن الزوجة ليست مقتضى لفظه ولا مضمونه فلم يكن مقرًا بها كما لو لم تكن معروفة بالحرية، وما ذكروه لا يصح فإن النسب محمول على الصحة وقد يلحق بالوطء والنكاح الفاسد والشبهة فلا يلزم بحكم إقراره ما لم يوجبه لفظ ولا يتضمنه.

فصل: إذا كان له أمة لها ثلاثة أولاد ولا زوج لها ولا أقر بوطئها فقال: أحد هؤلاء ولدى، فإقراره صحيح ويطالب بالبيان فإن عين أحدهم ثبت نسبه وحريته، ثم يسأل عن كيفية الاستيلاد فإن قال: بنكاح فعلى الولد الولاء والأم والآخران من أولادها رقيق، فإن قال:

فصل: وإن وصل إقراره بما يسقطه فقال: له عليَّ ألف من ثمن خمر أو خنزير أو من ثمن طعام اشتريته فهلك قبل قبضه أو ثمن مبيع فاسد لم أقبضه أو تكفلت به على أنى بالخيار لزمه الألف ولم يقبل قوله فى إسقاطه، ذكره أبو الخطاب، وهو قول أبى حنيفة وأحد قولى الشافعى، وذكر القاضى أنه إذا قال: له عليَّ ألف زيوف ففسره برصاص أو نحاس لم يقبل، لأنه رفع كل ما اعترف به وقال فى سائر الصور التى ذكرناها يقبل قوله، لأنه عزا إقراره إلى سببه فقبل كما لو عزاه إلى سبب صحيح.

ولنا: أن هذا يناقض ما أقر به فلم يقبل كالصورة التى سلمها وكما لو قال: له عليَّ ألف لا يلزمنى أو يقول دفع جميع ما أقر به فلم يقبل كاستثناء الكل، وغير خاف تناقض كلامه، فإن ثبوت ألف عليه فى هذه المواضع لا يتصور وإقراره إخبار بثبوته فيتنافيان وإن سلم ثبوت الألف عليه فهو ما قلناه.

فصل: ولا يقبل رجوع المقر عن إقراره إلا فيما كان حدّا لله تعالى يدرأ بالشبهات ويحتاط لإسقاطه، فأما حقوق الآدميين وحقوق الله تعالى التى لا تدرأ بالشبهات كالزكاة والكفارات فلا يقبل رجوعه بها، ولا نعلم فى هذا خلافًا، فإذا قال هذه الدار لزيد بل لعمرو أو ادعى زيد على ميت شيئًا معينًا من تركته فصدقه ابنه ثم ادعاه عمرو فصدقه حكم به لزيد ووجبت عليه غرامته لعمرو وهذا ظاهر أحد قولى الشافعى، وقال فى الآخر لا يغرم لعمرو شيئًا وهو قول أبى حنيفة، لأنه أقر له بما عليه الإقرار به وإنما منعه الحكم من قبوله وذلك لا يوجب الضمان.

استولدتها فى ملكى فالمقر به حر الأصل لا ولاء عليه والأمة أم ولد، ثم إن كان المقر به الأكبر فأخواه ابنا أم ولد حكمهما حكمها فى العتق بموت سيدها، وإن كان الأوسط فالأكبر قن(*)، والأصغر له حكم أمه، وإن عين الأصغر فاخواه رقيق قن، لأنها ولدتهما قبل الحكم بكونها أو ولد، وإن قال: هى من وطء شبهة فالولد حر الأصل وأخواه مملوكان، وإن مات قبل أن يبين أخذ ورثته بالبيان ويقوم بيانهم مقام بيانه، فإن بينوا النسب ولم يبينوا الاستيلاد ثبت النسب وحرية الولد ولم يثبت للأم ولا لولديها حكم الاستيلاد، لأنه يحتمل أن يكون من نكاح أو وطء شبهة، وإن لم يبينوا النسب وقالوا: لا نعرف ذلك ولا الاستيلاد فإنا نريه القافة، فإن ألحقوا به واحدًا منهم ألحقناه ولا يثبت حكم الاستيلاد لغيره فإن لم يكن قافة أقرع بينهم فمن وقعت له القرعة عتق وورث وبهذا قال الشافعى، لأنه لا يورثه بالقرعة.

ولنا: أنه حر استندت حريته إلى إقرار أبيه فورث كما لو عينه فى إقراره.

فصل: إذا كان له أمتان لكل واحدة منهما ولد فقال: أحد هذين ولدى من أمتى نظرت، فإن كان لكل واحدة منهما زوج يمكن إلحاق الولد به لم يصح إقراره ولحق الولدان

(*) القن: قال ابن سيده: العبد القِنُّ الذى مُلِك هو وأبواه. «اللسان / ١٣ / ٣٤٨»

ولنا: أنه حال بين عمرو بين ملكه الذى أقر له به بإقراره لغيره فلزمه غرمه، كما لو شهد رجلان على آخر بإعتاق عبده ثم رجعا عن الشهادة أو كما لو رمى به فى البحر ثم أقر به، وإن قال: غصبت هذه الدار من زيد لا بل من عمرو أو غصبتها من زيد وغصبها زيد من عمرو وحكم بها لزيد ولزمه تسليمها إليه ويغرمها لعمرو وبهذا قال أبو حنيفة وهو ظاهر مذهب الشافعى، وقال فى الآخر لا يضمن لما تقدم.

ولنا: أنه أقر بالغصب الموجب للضمان والرد إلى المغصوب منه ثم لم يرد ما أقر بغصبه فلزمه ضَمان كما لو تلف بفعل الله تعالى، قال أحمد فى رواية ابن منصور فى رجل قال لرجل استودعتك هذا الثوب قال صدقت ثم قال استودعنيه رجل آخر فالثوب للأول ويغرم قيمته للآخر، ولا فرق فى هذا الفصل بين أن يكون إقراره بكلام متصل أو منفصل.

فصل: فإن قال: غصبت هذه الدار من زيد وملكها لعمرو لزمه دفعها إلى زيد، لإقراره له بأنها كانت فى يده، وهذا يقتضى كونها فى يده بحق وملكها لعمرو لا ينافى ذلك لأنها يجوز أن تكون فى يد زيد بإجارة أو عارية أو وصية ولا يغرم لعمرو شيئًا، لأنه لم يكن منه تفريط، وفارق هذا ما إذا قال: هذه الدار لزيد بل لعمرو ولأنه أقر للثانى بما أقر به للأول فكان الثانى رجوعًا عن الأول، لتعارضهما وههنا لا تعارض بين إقراريه، وإن قال: ملكها لعمرو وغصبها[11] من زيد فكذلك لا فرق بين التقديم والتأخير والمتصل والمنفصل، ذكره القاضى: وقيل يلزمه دفعها إلى عمرو ويغرمها لزيد لأنه لما أقر بها لعمر أولاً لم يقبل إقراره باليد لزيد وهذا وجه حسن، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين، ولو قال: هذا الألف دفعه إلى زيد وهو لعمرو، أو قال: هو لعمرو ودفعه إلى زيد فكذلك على ما مضى من القول فيه.

بالزوجين، وإن كان لإحداهما زوج دون الأخرى انصرف الإقرار إلى ولد الأخرى، لأنه الذى يمكن إلحاقه به، وإن لم يكن لكل واحدة منهما زوج ولكن أقر السيد بوطئهما صارتا فراشًا ولحق ولداهما به إذا أمكن أن يولدا بعد وطئه، وإن أمكن فى إحداهما دون الأخرى انصرف الإقرار إلى من أمكن، لأنه ولده حكمًا، وإن لم يكن أقر بوطء واحدة منهما صح إقراره وثبتت حرية المقر به، لأنه أقر بنسب صغير مجهول النسب مع الإمكان لا منازع له فيه فلحقه نسبه، ثم يكلف البيان كما لو طلق إحدى نسائه فإذا بين قبل بيانه، لأن المرجع فى ذلك إليه ثم يطالب ببيان كيفية الولادة فإن قال: استولدتها فى ملكى فالولد حر الأصل لا ولاء عليه وأمه أم ولد، وإن قال: فى نكاح فعلى الولد الولاء، لأنه مسه رق والأمة قن، لأنها علقت بمملوك، وإن قال: بوطء شبهة فالولد حر الأصل والأمة قن، لأنها علقت به فى غير ملك، وإن ادعت الأخرى أنها التى استولدها فالقول قوله مع يمينه، لأن الأصل عدم الاستيلاد فأشبه ما لو ادعت ذلك من غير إقرار بشىء فإذا حلفت رقت له ورق ولدها، فإذا مات وصره ولده

---

(١١) فى النسخة المطبوعة «وعصبتها».

فصل: وإن قال: غصبتها من أحدهما أو هى لأحدهما، صح الإقرار، لأنه يصح بالمجهول فيصح للمجهول ويطالب بالبيان، فإن عين أحدهما دفعت إليه ويحلف للآخر إن ادعاها ولا يغرم له شيئًا لأنه لم يقر له بشيء، وإن قال: لا أعرفه عينًا فصدقاه، نزعت من يده وكانا خصمين فيها وإن كذباه فعليه اليمين أنه لا يعلم وتنزع من يده، فإن كان لأحدهما بينة حكم له بها وإن لم تكن له بينة أقرعنا بينهما، فمن قرع صاحبه حلف وسلمت إليه، وإن بين الغاصب بعد ذلك مالكها قبل منه كما لو بينه ابتداء ويحتمل أنه إذا ادعى كل واحد منهما أنه المغصوب منه توجهت عليه اليمين لكل واحد منهما أنه لم يغصبه فإن حلف لأحدهما لزمه دفعها إلى الآخر لأن ذلك يجرى مجرى تعيينه، وإن نكل عن اليمين لهما جميعًا فسلمت إلى أحدهما بقرعة أو غيرها لزمه غرمها للآخر لأنه نكل عن يمين توجهت عليه فقضى عليه كما لو ادعاها وحده.

فصل: فإن كان فى يده عبدان فقال: أحد هذين لزيد، طولب بالبيان فإن عين أحدهما فصدقه زيد أخذه، وإن قال: هذا لى والعبد الآخر لزيد فعليه اليمين فى العبد الذى ينكره، وإن قال زيد إنما لى العبد الآخر فالقول قول المقر مع يمينه فى العبد الذى ينكره، ولا يدفع إلى زيد العبد المقر به لكن يقر فى يد المقر، لأنه لم يصح إقراره به فى أحد الوجهين، وفى الآخر ينزع من يده لاعترافه بأنه لا يملكه يكون فى بيت المال لأنه لا مالك له معروف، فأشبه ميراث من لا يعرف وارثه، فإن أبى التعيين فعينه المقر له، وقال: هذا عبدى طولب بالجواب فإن أنكر حلف وكان بمنزلة تعيينه للآخر، وإن نكل عن اليمين يقضى عليه وإن أقره له فهو كتعيينه.

المقر به وإن كانت أمة قد صارت أم ولد عتقت، وإن لم تصر أم ولد عتقت على ولدها إن كان هو الوارث وحده وإن كان معه غيره عتق منها بقدر ما ملك وإن عادت قبل أن يبين قام وارثه مقامه فى البيان، لأنه يقوم مقامه فى إلحاق النسب وغيره، فإذا بين كان كما لو بين الموروث، وإن لم يعلم الوارث كيفية الاستيلاد ففى الأمة وجهان: أحدهما: يكون رقيقًا، لأن الرق الأصل فلا يزول بالاحتمال **والثانى:** يعتق، لأن الظاهر أنها ولدته فى ملكه، لأنه أقرت لولدها وهى فى ملكه وهذا منصوص الشافعى، فإن لم يكن وارث أو كان وارث لم يعين عرض على القافه، فإن ألحقته بأحدهما ثبت نسبه وكان حكمه كما لو عين الوارث فإن لم تكن قافة أو كانت فلم تعرف أقرع بين الوالدين فيعتق أحدهما بالقرعة، لأن للقرعة مدخلاً فى إثبات الحرية، وقياس المذهب ثبوت نسبه وميراثه على ما ذكرنا فى التى قبلها، وقال الشافعى: لا يثبت نسب ولا ميراث، واختلفوا فى الميراث فقال المزنى: يوقف نصيب الابن، لأنا تيقنا ابنًا وارثًا، ولهم وجه آخر لا يوقف شيء، لأنه لا يرجى انكشافه، وقال أبو حنيفة: يعتق من كل واحد نصفه ويستسعى فى باقيه ولا يرثان، وقال ابن أبى ليلى: مثل ذلك إلا أن

فصل: ولو أقر لرجل بعبد ثم جاءه فقال: هذا الذى أقررت به فقال: ليس هو هذا، إنما هو آخر، فعلى المقر اليمين أنه ليس له عنده سواه ولا يلزمه تسليم هذا إلى المقر له، لأنه لا يدعيه، وإن قال: هذا لى، ولى عندك آخر، سلم إليه وحلف له على نفى الآخر، وكل من أقر لرجل بملك فكذبه بطل إقراره، لأنه لا يثبت للإنسان ملك لا يعترف به، وفى المال وجهان: **أحدهما:** يترك فى يد المقر، لأنه كان محكومًا له به، فإذا بطل إقراره بقى على ما كان عليه، **والثانى:** يؤخذ إلى بيت المال لأنه لم يثبت له ملك، وقيل: يؤخذ فيحفظ حتى يظهر مالكه، لأنه لا يدعيه أحد، ومذهب الشافعى مثل هذا فإن عاد أحدهما فكذب نفسه دفع إليه، لأنه يدعيه ولا منازع له فيه، وإن كذب كل واحد مهما نفسه، فرجع المقر عن إقراره وادعاه المقر له، فإن كان باقيًا فى يد المقر فالقول قوله مع يمينه، كما لو لم يقر به لغيره، وإن كان معدومًا بتلف أو إباق ونحوه بغير تعدٍّ من أحدهما فلا شيء فيه من يمين ولا غيره، وإن كان بتعدٍّ من أحدهما فالقول فيه قول المقر مع يمينه، كما لو كان باقيًا، فإذا حلف سقط عنه الضمان إن كان تلفه بتعديه ووجب له الضمان على الآخر إن كان تلفه بتعدٍّ منه، والله أعلم.

٨٥١- **مسألة:** قال: **(ومن أقر بعشرة دراهم ثم سكت سكوتًا يمكنه الكلام فيه، ثم قال زيوفًا أو صغارًا أو إلى شهر كانت عشرة جيادًا وافية حالة).**

وجملته: أن من أقر بدراهم وأطلق اقتضى إقراره الدراهم الوافية وهى دراهم الإسلام كل عشرة منها وزن سبعة مثاقيل وكل درهم ستة دوانق واقتضى أن تكون جيادًا حالة كما لو باعه

يجعل الميراث بينهما نصفين ويدفعانه فى سعايتهما، والكلام فى قسمة الحرية والسعاية ذكره فى باب العتق.

27- **مسألة: (وإن أقر بنسب أخ أو عم في حياة أبيه وحده لم يقبل، وإن كان بعد موتهما وهو الوارث وحده قبل إقراره وثبت النسب، وإن كان معه غيره لم يثبت النسب وللمقر له من الميراث ما فضل فى يد المقر).**

إنما لم يقبل إقراره فى حياتهما، لأنه على غيره فلا يقبل، فأما إن كان بعد الموت وهو الوارث وحده قبل إقراره وثبت النسب، سواء كان المقر واحدًا أو جماعة ذكرًا أو أنثى، وبهذا قال الشافعى وأبو يوسف وحكاه عن أبى حنيفة، لأن الوارث يقوم مقام الموروث فى ديونه والديون التى عليه وفى دعاويه كذلك فى النسب إلا أن يكون الميت قد نفاه فلا يثبت، لأنه يحمل على غيره نسبًا حكم بنفيه، فإن كان وارثًا ومعه شريك فى الميراث لم يثبت النسب، لأنه لا يثبت فى حق شريكه فوجب أن لا يثبت فى حقه، وقد دل على ثبوت النسب بإقرار الواحد إذا كان وارثًا حديث عائشة ﵂ أن سعد بن أبى وقاص اختصم هو وعبد بن زمعة فى ابن أمة زمعة فقال سعد: أوصانى أخى عتبة إذا قدمت أن أنظر إلى ابن أمة زمعة وأقبضه فإنه

بعشرة دراهم وأطلق فإنها تلزمه كـذلك، فإذا سكت سكوتًا يمكنه الكلام فيه أو أخذ فى كلام غير مـا كان فيه استـقرت عليه كذلك، فإن عـاد فقال: زيوفًا ـ يعنى رديئـة ـ أو صغاراً وهى الدراهم الناقصـة مثل دراهم طبرية كـان كل درهم منها أربعـة دوانق وذلك ثلثا درهم، أو إلى شهر يعنى مؤجلة لم يقبل منه، لأنه يرجع عن بعض ما أقر به ويرفعه بكلام منفصل فلم يقبل كالاستثناء المنفصل وهذا مذهب الشافعى ولا فرق بين الإقرار بها دينًا أو وديعة أو غصبًا.

وقال أبو حنيفة: يقبل قوله فى الغصب والوديعة لأنه أقر بفعل فى عين، وذلك لا يقتضى سلامتها فأشبه ما لو أقر بغصب عبد ثم جاء به معيبًا.

ولنا: أن إطلاق الاسم يقتضى الوازنة الجـياد فلم يقبل تفسيره بمـا يخالف ذلك كالدين، ويفارق العبد فإن العيب لا يمنع إطلاقها اسم العبد عليه فأما إن وصفها بذلك بكلام متصل أو سكت للتنفس أو اعترضته سعلة أو نحو ذلك ثم وصفها بذلك أو شىء منه قبل منه، وذكر أبو الخطاب أنه يحتمل أن لا يقبل منه التأجيل وهو قول أبى حنيفة وبعض أصحاب الشافعى، لأن التأجـيل يمنع استيـفاء الحق فلم يقبل كـما لو قال: له علىَّ دراهم قـضيتـه إياها وقال بعض أصحاب الشافعى لا يقبل تفسيره لناقصة، وقال القاضى وإن قال: له علىَّ عشرة دراهم ناقصة قبل قوله، وإن قال صغاراً وللناس دراهم صغار قبل قوله أيضًا، وإن لم تكن لهم دراهم صغار لزمه وازنة كـما لو قـال دريهم لزمه درهم وازن، وهذا قـول ابن القاص(١٢) من أصـحـاب الشافعى.

ولنا: أنه فسـر كلامـه بما يحتـمله بكلام متـصل فقبل منه كـاستثنـاء البعض وذلك لأن الدراهم يعبر بها عن الوازنة والناقصة والزيوف والجيـدة وكونها عليه يحتمل الحلول والتأجيل

ابنه فقال عبد بن زمعة أخي وابن وليـدة أبى ولد على فراشه فقال رسول الله ﷺ: «هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للـفراش وللعاهر الحجر»(2) فقضى به لعبد بن زمعة وقال: «احتجبى منه يا سودة» والمشـهور عن أبى حنيفة أنه لا يثبت إلا بإقـرار رجلين أو رجل ومرأتين، وقال مالك: لا يثبت إلا بإقرار اثنين، لأنه يحمل النسب على غيره فاعتبر فيه العدد كالشهادة.

ولنا: أنه حق ثبت بالإقرار فلم يعتبر فيه العدد كالدين، ولأنه قول لا تعتبر فيه العدالة فلم يعتـبر فيـه العدد كإقرار المـوروث واعتبـاره بالشهادة لا يصح، لأنه لا يعـتبر فـيه اللفظ ولا العدالة، ويبطل بالإقرار بالدين وللمقر له من الميراث ما فضل فى يد بالمقر، وقد ذكرنا ذلك فيما مضى.

---

(١٢) هو أبو العباس أحمد بن أبى أحـمد الطبرى: أمين القاضى إمام الشافعـية فى عصره توفى سنة خمس وثلاثين وثلاثمائة بطوس. طبقات الشافعية الكبرى (٣/ ٥٩/ ٦٣)

(2) أخرجـه البخارى (٤/ ٥٣/ ٢٠٥٣ فـتح) ومسلم (٢/ رضـاع/ ١٠٨٠/ ٣٦) والنسائى (٦/ ٣٤٨٤) وابن ماجه (١/ ٤/ ٢٠٠٤) وأحمد فى مسنده (٦/ ١٢٩) والبيهقى (٦/ ٨٦) (٧/ ٤١٢).

فإذا وصفها بذلك تقيدت به كما لو وصف الثمن به فقال: بعتك بعشرة دراهم مؤجلة ناقصة وثبوتها على غير هذه الصفة حالة الإطلاق لا يمنع من صحة تقييدها به كالثمن وقولهم: إن التأجيل يمنع استيفاءها ليس بصحيح وإنما يؤخره، فأشبه الثمن المؤجل يحققه أن الدارهم تثبت فى الذمة على هذه الصفات، فإذا كانت ثابتة بهذه الصفة لم تقتض الشريعة المطهرة سد باب الإقرار بها على صفتها، وعلى ما ذكروه لا سبيل له إلا الإقرار بها إلا على وجه يؤاخذ بغير ما هو واجب عليه فيفسد باب الإقرار، وقول من قال: إن قوله صغاراً ينصرف إلى المقدار لا يصح، لأن مساحة الدراهم لا تعتبر فى الشرع ولا تثبت فى الذمة بمساحة مقدرة، وإنما يعتبر الصغر والكبر فى الوزن، فيرجع إلى تفسير المقر، فأما إن قال زيوفًا وفسرها بمغشوشة أو معيبة عيبًا ينقصها قبل تفسيره، وإن فسرها بنحاس أو رصاص أو ما لا قيمة له لم يقبل لأن تلك ليست دراهم على الحقيقة فيكون تفسيره به رجوعًا عما أقر به فلم يقبل كاستثناء الكل.

فصل: وإن أقر بدراهم وأطلق فى بلد أوزانهم ناقصة كطبرية وكان درهمهم أربعة دوانيق وخوارزم كان درهمهم أربعة دوانيق ونصفًا ومكة درهمهم ناقص وكذلك المغرب، أو فى بلد دراهمهم مغشوشة مصر والموصل ففيه وجهان: **أولهما:** يلزمه من دراهم البلد ودنانيره لأن مطلق كلامهم يحمل على عرف بلدهم كما فى البيع والأثمان، **والثانى:** تلزمه الوازنة الخالصة من الغش لأن إطلاق الدارهم فى الشرع ينصرف إليها بدليل أن بها تقدير نصب الزكاة ومقادير الديات فكذلك إطلاق الشخص، وفارق البيع فإنه إيجاب فى الحال فاختص بدراهم الموضع الذى هما فيه والإقرار إخبار عن حق سابق فانصرف إلى دراهم الإسلام.

28- مسألة: (وإن أقر من عليه الولاء بنسب وارث لم يقبل إقراره إلاَّ أن يصدقه مولاه).

لأن الحق لمولاه فلا يقبل إقراره بما يسقطه ويتخرج أن يقبل بدونه ذكره فى المحرر.

29- مسألة: (وإن أقرت امرأة بنكاح على نفسها فهل يقبل؟ على روايتين).

إحداهما: يقبل لأنه حق عليها فيقبل كما لو أقرت بمال، **والأخرى:** لا يقبل لأنها تدعى النفقة والكسوة والسكنى فلا يقبل.

30- مسألة: (فإن أقر المولى عليها به قبل إن كانت مجبرة).

لأن المرأة لا قول لها فى حال الإجبار، وكذلك إن كانت مقرة بالإذن نص عليه، وقيل: لا يقبل إلا على المجبرة ـ من المحرر ـ وإن لم تكن مجبرة لم يقبل، لأنه إقرار على الغير فلم يلزمها كما لو أقر عليها بمال.

31- مسألة: (وإن أقر أن فلانه امرأته أو أقرت أن فلانًا زوجها فلم يصدق المقر له المقر إلا بعد موت المقر صح).

فــصل: وإن أقر بدراهم وأطلق ثم فسرها بِسكَّة البلد الذى أقر بـها فيه قبل لأن إطلاقه ينصرف إليه وإن فسرها بسكة غير سكَّة البلد أجود منها قبل، لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ وكذلك إن كانت مـثلها، لأنه لا ينعم فى ذلك، وإن كانت أدنى من سكة البلد لكنهـا مساوية فى الوزن احتمل أن لا يقبل لأن إطلاقها يقتـضى دراهم البلد ونقده فلا يقبل منه دونها كما لا يقبل فى البيع ولأنهـا ناقصة القيمة فلم يقبل تفـسيره بها كالناقصة وزنًا ويـحتمل أن يقبل منه وهو قول الشافعى لأنه يحتمل ما فسره به وفارق الناقصة لأن إطلاق الشرع الدراهم لا يتناولها بخلاف هذه ولهذا يتـعلق بهذه مقدار النصـاب فى الزكاة وغيره وفارق الثـمن فإنه إيجاب فى الحال وهذا إخبار عن حق سابق.

فـصل: وإن قال: له على درهم كبير لزمه درهم من دراهم الإسلام لأنه كبير فى العرف وإن قال: له على دريهم فهو كـما لو قال درهم لأن التصغير قـد يكون لصغره فى ذاته أو لقلة قدره عنده وتحقيره وقد يكون لمحبته كما قال الشاعر:

بِـذَيَّالِـكَ الوادى أهـيـمُ ولم أقُـلْ   بِـذَيَّالِـكَ الوادى وذَيَّـاك من زُهْـد
ولكنْ إذَا مَـــا حُبَّ شَىءٌ تَـولَّعَتْ   به أحْرُفُ التَّصغْـير مِنْ شدَّة الوَجْد

وإن قال لهَ على عشرة دراهم عددًا لزمته عـشرة معدودة وازنة لأنَ إطلاَقَ الدراهَم يقتضى وازنة وذكر العدد لا ينافيهـا فوجب الجمع بينهما فإن كان فى بلد يتعـاملون بها عددًا من غير وزن فحكمه حكم مـا لو أقر بها فى بلد أوزانهم ناقصـة أو دراهمهم مغشوشـة على ما فصل فيه.

وورثه كما لو صدقـه فى حياته، وقد ذكرنا فيـما إذا أقر بنسب كبير عـاقل بعد موته هل يرثه؟ على وجهين بناء على ثبـوت نسبه فيخرجِ ههنا مـثله، وإن كان قد كذبه فى حيـاته ففيه وجهان.

32- مــسـألة: (وإن أقر الورثة عـلى موروثهم بدين لزمـه قضاؤه من التـركة، فـإن أقر بعضهم لزمه بقدر ميراثه فإن لم تكن تركة لم يلزمهم شىء).

إذا أقر الوارث بدين على موروثه قبل إقراره بغير خلاف نعلمه، ويتعلق ذلك بتركة الميت كما لو أقر به الميت فى حـياته، فإن لم يخلف تركة لم يلزم الوارث شىء، لأنه لا يلزمه أداء دينه إذا كان حيًا مفلسًا فكذلك إذا كان ميتًا، وإن خلف تركه تعلق الدين بها وإن أحب الوارث تسليمـها فى الدين فله ذلك، وإن أحب استخـلاصها ووفاء الدين من مـاله فله ذلك، ويلزمه أقل الأمرين من قيمـتها أو قدر الدين بمنزلة الجانى، فإن كان الوارث واحدًا فـحكمه ما ذكرنا وإن كانا اثنين أو أكثـر وثبت الدين بإقرار الميت أو ببينة أو إقـرار جميع الورثة، فكذلك وإذا اختار الورثة أخذ التركة وقضاء الدين من أموالهم فعلى كل واحد منهم من الدين بقدر ميراثه، وإن أقـر أحدهم لزمـه من الدين بقـدر ميـراثه والخـيرة إليـه فى تسليم نصـيبـه فى الدين أو

فـصل: وإذا أقر بدرهم ثم أقر بدرهم لزمه درهم واحد، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: يلزمه درهمان كما لو قال له علىَّ درهم ودرهم، ولا فرق بين أن يكون الإقرار فى وقت واحد أو فى أوقات أو فى مجلس واحد أو مجالس.

ولنا: أنه يجوز أن يكون قد كرر الخبر عن الأول كما كرر الله تعالى الخبر عن إرساله نوحًا وهودًا وصالحًا وشعيبًا وإبراهيم وموسى وعيسى ولم يكن المذكور فى قصة غير المذكور فى أخرى كذا هٰهنا، فإن وصف أحدهما وأطلق الآخر فكذلك لأنه لا يجوز أن يكون المطلق هو الموصوف أطلقه فى حال ووصفه فى حال، وإن وصفه بصفة واحدة فى المرتين كان تأكيدًا لما ذكرنا وإن وصفه فى إحدى المرتين بغير ما وصفه فى الأخرى فقال: درهم من ثمن مبيع ثم قال: له علىَّ درهم من قرض أو درهم من ثمن ثوب قال درهم من ثمن عبد أو قال درهم أبيض ثم قال درهم أسود فهما درهمان لأنهما متغايران.

فصل: وإن قال: له علىَّ درهم ودرهم أو درهم فدرهم أو درهم ثم درهم لزمه درهمان، وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه، وذكر القاضى وجهًا، فيما إذا قال: درهم فدرهم، وقال أردت درهم فدرهم لازم لى أنه يقبل منه وهو قول الشافعى: لأنه يحتمل الصفة.

ولنا: أن الفاء أحد حروف العطف فأشبهت الواو ثم ولأنه عطف شيئًا على شىء بالفاء فاقتضى ثبوتهما كما لو قال أنت طالق فطالق وقد سلمه الشافعى وما ذكروه من احتمال الصفة بعيد لا يفهم حالة الإطلاق فلا يقبل تفسيره به كما لو فسر الدراهم المطلقة بأنها زيوف أو صغار أو مؤجلة وإن قال له :على درهم ودرهم ودرهمان لزمته ثلاثة وإن قال: له على درهم ودينار أو فدينار أو قفيز حنطة، ونحو ذلك لزمه كله وإن قال: له على درهم ودرهم لزمته

استخلاصه، وإذا قدره من الدين فإن كانا اثنين لزمه النصف وإن كانوا ثلاثة فعليه الثلث، وبهذا قال النخعى والحكم والحسن وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور والشافعى فى أحد قوليه، وقال أصحاب الرأى: يلزمه جميع الدين أو جميع ميراثه، وهو أحد قولى الشافعى رجع إليه بعد قوله كقولنا، لأن الدين يتعلق بتركته فلا يستحق الوارث منها إلا ما فضل من الدين، لقول الله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ (النساء: ١٢) ولأنه يقول ما أخذه المنكر أخذه بغير استحقاق فكان غاصبًا، فيتعلق الدين بما بقى من التركة كما لو غصبه أجنبى.

ولنا: أنه لا يستحق أكثر من نصف الميراث فلا يلزمه أكثر من نصف الدين كما لو أقر أخوه، ولأنه إقرار يتعلق بحصته أو حصة أخيه فلا يجب عليه إلا ما يخصه كالإقرار بالوصية وإقرار أحد الشريكين على مال الشركة، ولأنه حق لو ثبت ببينة أو قول الميت أو إقرار الوارثين لم يلزمه إلا نصفه فلم يلزمه بإقراره أكثر من نصفه كالوصية، ولأن شهادته بالدين مع غيره تقبل، ولو لزمه أكثر من حصته لم تقبل شهادته، لأنه يجر بها إلى نفسه نفعًا، فإن كان عليه دين ببينة أو إقرار الميت قدم على ما أقر به الورثة، من المحرر.

ثلاثة وحكى ابن أبى موسى عن بعض أصحابنا، أنه إذا قال: أردت بالثالث تأكيد الثانى وبيانه أنه يقبل وهو قول بعض أصحاب الشافعى، لأن الثالث فى لفظ الثانى فظاهر مذهبه: أنه تلزمه الثلاثة لأن الواو للعطف والعطف يقتضى المغايرة فوجب أن يكون الثالث غير الثانى كما كان الثانى غير الأول والإقرار لا يقتضى تأكيدًا فوجب حمله على العدد وكذلك الحكم إذا قال له على درهم فدرهم فدرهم أو درهم ثم درهم ثم درهم وإن قال: له على درهم ودرهم ثم درهم أو درهم فدرهم ثم درهم أو درهم ثم درهم فدرهم لزمته الثلاثة وجهًا واحدًا لأن الثالث مغاير للثانى لاختلاف حرفى العطف الداخلين عليهما فلم يحتمل التأكيد.

فصل: وإن قال له عليَّ درهم بل درهمان أو درهم لكن درهمان لزمه درهمان، وبه قال الشافعى: وقال زفر وداود: تلزمه ثلاثة لأن بل للإضراب لأنه لما أقر بدرهم وأضرب عنه لزمه لأنه لا يقبل رجوعه عما أقر به ولزمه الدرهما اللذان أقر بهما.

ولنا: أنه إنما نفى الاقتصار على واحد وأثبت الزيادة عليه فأشبه ما لو قال له على درهم بل أكثر فإنه لا يلزمه أكثر من اثنين، وإن قال له على درهم بل درهم أو لكن درهم ففيه وجهان: **أحدهما:** يلزمه درهم واحد لأن أحمد قال: فيمن قال لامرأته أنت طالق لا بل أنت طالق أنها لا تطلق إلا واحدة وهذا فى معناه وهذا مذهب الشافعى: لأنه أقر بدرهم مرتين فلم يلزمه أكثر من درهم كما لو أقر بدرهم ثم أنكره ثم قال: بل عليَّ درهم، ولكن للاستدراك فهى فى معنى بل إلا أن الصحيح أنها لا تستعمل إلا بعد الجحد إلا أن يذكر بعدها جملة، **والوجه الثانى:** يلزمه درهمان ذكره ابن أبى موسى وأبو بكر عبد العزيز، ونقيضه قول زفر

فصل: قال ﷺ: **(وإن أقر بحمل امرأة صح فإن ألقته ميتًا أو لم يكن حملاً بطل، وإن ولدت حيّا وميتًا فهو للحى وإن ولدتهما حيين فهو بينهما سواء الذكر والأنثى ذكره ابن حامد)**

إذا أقر لحمل امرأة بمال وعزاه إلى إرث أو وصية صح وكان للحمل، وإن أطلق فقال أبو عبد الله بن حامد: يصح وهو أصح قولى الشافعى، لأنه يجوز أن يملك بوجه صحيح فصح له الإقرار المطلق كالطفل، فعلى هذا إن ولدت ذكرًا وأنثى كان بينهما نصفين، وإن عزاه إلى إرث أو وصية كان بينهما على حسب استحقاقهما لذلك، وإن ولدت حيًا وميتًا فالكل للحى، لأنه لا يخلو إما أن يكون الإقرار له عن إرث أو وصية وكلاهما لا يصح للميت، وقال أبو الحسن التميمى: لا يصح الإقرار إلا أن يعزوه إلى إرث أو وصية، وهو قول أبى ثور والقول الثانى للشافعى، لأنه لا يملك بغيرهما، فإن وضعت الولد ميتًا كان قد عزا الإقرار إلى إرث أو وصية عادت إلى ورثة الموصى وموروث الطفل، وإن أطلق الإقرار كلف ذكر السبب فيعمل بقوله، فإن تعذر التفسير بموته أو غيره بطل إقراره كمن أقر لرجل لا يعرف من أراد بإقراره، وإن عزا الإقرار إلى جهة غير صحيحة فقال: لهذا الحمل على ألف أقرضتها أو وديعة أخذتها منه فعلى قول التميمى الإقرار باطل، وعلى قول ابن حامد ينبغى أن يصح إقراره، لأنه وصل

وداود لأن ما بعد الإضراب يغاير ما قبله فيجب أن يكون الدرهم الذى أضرب عنه غير الدرهم الذى أقر به بعده فيجب الاثنان كما لو قال له على درهم بل دينار، ولأن بل من حروف العطف والمعطوف غير المعطوف عليه فوجبا جميعًا كما لو قال له على درهم درهم ولأنا لو لم نوجب عليه إلا درهمًا جعلنا كلامه لغوًا وإضرابه عنه غير مفيد والأصل فى كلام العاقل أن يكون مفيدًا، ولو كان الذى أضرب عنه لا يمكن أن يكون المذكور بعده ولا بعضه مثل أن يقول له على درهم، بل دينار أو ديناران، أو له على قفيز حنطة، بل قفير شعير أو هذا الدرهم بل هذان لزمه الجميع بغير خلاف علمناه لأن الأول لا يمكن أن يكون الثانى ولا بعضه فكان مقرًا بهما ولا يقبل رجوعه عن شىء منهما وكذلك كل جملتين أقر بإحداهما ثم رجع إلى الأخرى لزماه، وإن قال: له على درهمان بل درهم أو عشرة بل تسعة لزمه الأكثر لأنه أضرب عن واحد ونفاه بعد إقراره به فلم يقبل نفيه له بخلاف الاستثناء فإنه لا ينفى شيئًا أقر به، وإنما هو عبارة عن الباقى بعد الاستثناء فإذا قال: له عشرة إلا درهمًا كان معناه تسعة.

فصل: وإن قال له على درهم قبله درهم أو بعده درهم لزمه درهمان، وإن قال: قبله درهم وبعده درهم لزمه ثلاثة، لأن «قبل» و «بعد» تستعمل للتقديم والتأخير فى الوجوب، وإن قال له على درهم فوق درهم أو تحت درهم أو مع درهم، فقال القاضى: يلزمه درهم وهو أحد قولى الشافعى لأنه يحتمل فوق درهم الجودة أو فوق درهم لى وكذلك تحت درهم وقوله معه درهم يحتمل معه درهم لى كذلك مع درهم فلم يجب الزائد بالاحتمال وقال أبو

بإقراره ما يسقطه فيسقط ما وصله به كما لو قال: له الألف لا يلزمنى، وإن قال: له على ألف جعلتها له أو نحو ذلك فهى عدة لا يؤخذ بها، ولا يصح الإقرار لحمل إلا إذا تيقن أنه كان موجودًا حال الإقرار على ما بين فى الوصية له، وإن أقر لمسجد أو مصنع أو طريق وعزاه إلى سبب صحيح مثل أن يقول من غلة وقفه صح، وإن أطلق خرج على الوجهين وإن لم يكن ثم حمل بطل الإقرار، لأنه أقر لغير شىء.

33- **مسألة: (وإن أقر لكبير عاقل فلم يصدقه بطل إقراره فى أحد الوجهين)**.

لأنه إقرار بحق أشبه النسب فعلى هذا يقر المال فى يد المقر، لأنه كان فى يده فإذا بطل إقراره بقى كأنه لم يقر به، والوجه الثانى يؤخذ المال إلى بيت المال فيحفظه حتى يظهر مالكه، لأنه بإقراره خرج عن ملكه ولم يدخل فى ملك المقر له، وكل واحد منهما ينكر ملكه فهو كالمال الضائع يترك فى بيت المال، قال صاحب المحرر: فعلى هذا الوجه أيهما غير قوله لم يقبل منه، وعلى الأول إن عاد المقر فادعاه لنفسه، أو لثالث قبل منه ولم يقبل بعدها عود المقر له أولاً إلى دعواه، ولو كان عوده إلى دعواه ذلك ففيه وجهان ولو كان المقر به عبدًا أو نفس المقر بأن أقر برقها للغير فهو كغيره من الأموال على الأول، وعلى الثانى يحكم بحريتهما.

الخطاب: يلزمه درهمان وهو القول الثانى للشافعى، لأن هذا اللفظ يجرى مجرى العطف لكونه يقتضى ضم درهم آخر إليه وقد ذكر ذلك فى سياق الإقرار فالظاهر أنه إقرار ولأن قوله على يقتضى فى ذمتى وليس للمقر فى ذمه نفسه درهم مع درهم المقر له، ولا فوقه ولا تحته فإنه لا يثبت للإنسان فى ذمة نفسه شيء، وقال أبو حنيفة وأصحابه: إن قال فوق درهم لزمه درهمان، لأن فوق تقتضى فى الظاهر الزيادة وإن قال: تحت درهم لزمه درهم واحد لأن تحت تقتضى النقص.

ولنا: أن حمل كلامه على معنى العطف فلا فرق بينهما وإن حمل على الصفة للدرهم المقر به وجب أن يكون المقر به درهمًا واحدًا سواء ذكره بما يقتضى زيادة الجودة أو نقصها وإن قال له على درهم قبله دينار أو بعده أو قفيز حنطة أو معه أو فوقه أو تحته أو مع ذلك فالقول فى ذلك كالقول فى الدرهم سواء.

فصل: وإن قال له على ما بين درهم وعشرة لزمته ثمانية لأن ذلك ما بينهما وإن قال من درهم لعشرة ففيه ثلاثة أوجه: **أحدها:** تلزمه تسعة، وهذا يحكى عن أبى حنيفة لأن من لابتداء الغاية وأول الغاية منها، وإلى لانتهائها فلا يدخل فيها كقوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾ (البقرة: ١٨٧) **والثانى:** تلزمه ثمانية لأن الأول والعاشر حدان فلا يدخلان فى الإقرار ولزمه ما بينهما كالتى قبلها، **والثالث:** تلزمه عشرة لأن العاشر أحد الطرفين فيدخل فيها كالأول وكما لو قال قرأت القرآن من أوله إلى آخره فإن قال أردت بقولى من واحد إلى عشرة مجموع الأعداد كلها أى الواحد والاثنان وكذلك إلى العشرة لزمه خمسة وخمسون درهمًا

باب ما يحصل به الإقرار

إذا ادعى عليه ألفًا فقال: نعم أو أجل أو صدقت أو أنا مقر بها أو بدعواك كان مقرًا ومثله أنا مقر بما ادعيت، لأن هذه الألفاظ وضعت للتصديق، قال الله تعالى: ﴿فَهَلْ وَجَدتُّم مَّا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا قَالُوا نَعَمْ﴾ (الأعراف: ٤٤) وإن قال: أليس لى عندك ألف؟ قال: بلى كان إقرارًا صحيحًا، لأن بلى جواب للسؤال بحرف النفى قال الله تعالى: ﴿أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَىٰ﴾ (الأعراف: ١٧٢).

34- مسألة: (وإن قال: أنا أقر أو لا أنكر أو يجوز أن يكون محقًا أو عسى أو لعل أو أحسب أو أظن أو قدر أو خذ أو اتزن أو افتح كمك لم يكن مقرًا).

إذا قال: أنا مقر لم يكن إقرارًا، لأنه وعد بالإقرار فى المستقبل، وكذلك إن قال: لا أنكر، لأنه لا يلزم من عدم الإنكار الإقرار فإن بينهما قسمًا آخر وهو السكوت عنهما، وإن قال: يجوز أن يكون محقًا لم يكن إقرارًا كذلك، وإن قال: لعل أو عسى لم يكن مقرًا لأنهما للترجى، وإن قال: أظن أو أحسب أو أقدر لم يكن مقرًا لأن هذه الألفاظ تستعمل للشك،

واختصار حسابه أن تزيد أول العدد وهو الواحد على العشـرة فيصير أحد عشرة ثم تضربها فى نصف العشرة فما بلغ فهو الجواب.

فصل: وإن قال له على دراهم لزمه ثلاثة، لأنها أقل الجمع وإن قال له على دراهم كثيرة أو وافرة أو عظيمة لزمه ثلاثة وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة: لا يقبل تفسيره بدون العشرة لأنها أقل جمع الكثرة، وقـال أبو يوسف ومحمد: لا يقبل أقل من مائتـين لأن ما بها يحصل الغنى وتجب الزكاة.

ولنا: أن الكثرة والعظمـة لا حد لها شرعًا ولا لغـة وعرفًا وتختلف بالإضـافات وأحوال الناس فالثلاثـة أكثر مما دونهـا وأقل مما فوقهـا ومن الناس من يستعظم اليسـير ومنهم من لا يستعظم الكثير ويحتـمل أن المقر أراد كثيرة بالنسبة إلى ما دونها أو كـثيرة فى نفسه فلا تجب الزيادة بالاحتمال.

فـصل: وإن قال له علىَّ درهمان فى عشرة وقال أردت الحـساب لزمه عشرون وإن قال أردت درهمين مع عـشرة ولم يكن يعرف الحـساب قبل منه ولزمـه اثنا عشرة، لأن كثـيرًا من العامـة يريدون بهذا اللـفظ هذا المعنى وإن كـان من أهل الحسـاب احتمل أن لا يـقبل، لأن الظاهر من الحساب استـعمال ألفاظه لمعانيها فى اصطلاحـهم ويحتمل أن يقبل، لأنه لا يمنع أن يستعمل اصطلاح العامة، وإن قال أردت درهمين فى عشرة لى لزمه درهمان لأنه يحتمل ما يقول وإن قال درهمـان فى دينار لم يحتمل الحساب وسئل عن مـراده، فإن قال أردت العطف أو معنى مع لزمه الدرهمـان والدينار وإن قال أسلمتهـما فى دينار فصدقه المـقر له بطل إقراره لأن سلم أحد النقـدين فى الآخر لا يصح وإن كذبه فالقـول قول المقر له، لأن المـقر وصل

وكذلك إن قال: خـذ أو اتزن أو افتح كمك، لأنه يحتمل خذ الجـواب أو اتزن أو افتح كمك لشيء آخر.

35- مـسـألة: (وإن قال أنا مقر أو خذها أو اتزنها أو اقـبضها أو احرزها أو هى صحاح فهل يكون مقرًا؟ يحتمل وجهين).

إذا قال: أنا مقـر ولم يزد احتمل أن يكون مقرًا لأن ذلـك عقيب الدعوى فينصـرف إليها وكذلك إن قال: أقـررت قـال الله تعالى: ﴿قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا﴾ (آل عـمـران: ٨١) ولم يقولوا أقررنا ذلك ولا زادوا عليه فكـان منهم إقرارًا ويحتمل أن لا يكون مقرًا لأنه يحتـمل أن يريد غير ذلك مثل أن يريد أنا مقر بالشـهادة أو بطلان دعواك، وإن قال: خذها او اتزنها أو اقبضها أو احرزها لى أو هى صحاح فـهل يكون مقرًا؟ يحتمل وجهين ففيه وجهـان **أحدهـما:** ليس بإقرار لأن الصفة ترجع على المـدعى ولم يقر بوجوبه ولا يجوز أن يعطيـه ما يدعيـه من غيـر أن يكون واجبًـا عليه فأمـره بأخذها أولى أن لا يلزم مـنه الوجوب **والثانى:** يكون إقرارًا لأن الضمير يعود إلى ما تقدم.

إقراره بما يسقطه فلزمه ما أقر به وبطل قوله فى دينار وكذلك إن قال له على درهمان فى ثوب وفسره بالسلم أو قال فى ثوب اشتريته منه إلى سنة فصدقه بطل إقراره لأنه إن كان بعد التفرق بطل السلم وسقط الثمن وإن كان قبل التفرق فالمقر بالخيار بين الفسخ والإمضاء وإن كذبه المقر له فالقول قوله مع يمينه وله الدرهمان.

فصل: وإن قال: له عندى درهم فى ثوب أو كيس أو زيت فى جرة أو تبن فى غرارة أو تمر فى جراب أو سكين فى قراب أو فص فى خاتم أو كيس فى صندوق، أو قال غصبت منه ثوبًا فى منديل أو زيتًا فى زق ففيه وجهان: **أحدهما**: يكون مقرًا بالمظروف دون الظرف هذا اختيار ابن حامد ومذهب مالك والشافعى، لأن إقراره لم يتناول الظرف فيحتمل أن يكون فى ظرف للمقر فلم يلزمه، **والثانى**: يلزمه الجميع لأن ذكر ذلك فى سياق الإقرار ويصلح أن يكون مقرًا به فلزمه كما لو قال له عندى عبد عليه عمامة، وقال أبو حنيفة فى الغصب يلزمه ولا يلزمه فى بقية الصور لأن المنديل يكون ظرفًا للثوب فالظاهر أنه ظرف له فى حال الغصب وصار كأنه قال غصبت ثوبًا ومنديلاً.

ولنا: أنه يحتمل أن يكون المنديل للغاصب وهو ظرف للثوب فيقول: غصبت ثوبًا فى منديل لى، ولو قال: هذا لم يكن مقر بغصبه فإذا أطلق كان محتملاً له فلم يكن مقرًا بغصبه كما لو قال غصبت دابة فى اصطبلها، أو له على ثوب منديل، وإن قال: له عندى جرة فيها زيت أو جراب فيه تمر، أو قراب فيه سكين فعلى وجهين، وإن قال له على خاتم فيه فص فكذلك ويحتمل أن يكون مقرًا به بفصه وجهًا واحدًا، لأن الفص جزء من أجزاء الخاتم فأشبه

36- **مسألة: (وإن وقال: له على ألف إن شاء الله أو فى علمى أو فيما أعلم أو قال: اقضنى دينى عليك ألفًا أو سلم إلى ثوبى هذا أو فرسى هذه فقال: نعم فقد أقر بها)**.

إذا قال لك: على ألف إن شاء الله كان مقرًا نص عليه أحمد وقال أصحاب الشافعى: ليس بإقرار لأنه علق إقراره على شرط فلم يصح كما لو علقه على مشيئة زيد ولأن ما علق على مشيئة الله لا سبيل إلى معرفته.

ولنا: أنه وصل إقراره بما يرفعه كله ولا يصرفه إلى غير الإقرار فلزمه ما أقر به وبطل ما وصله به كما لو قال: له على ألف إلا ألفًا ولأنه عقب الإقرار بما لا يفيد حكمًا آخر ولا يقتضى رفع الحكم أشبه ما لو قال: له على ألف إن شئت وإن شاء فى مشيئة الله وإن قال: له على ألف إلا أن يشاء الله صح الإقرار لأنه أقر ثم علق رفع الإقرار على أمر لا يعلم فلم يرتفع، وإن قال: له على ألف إن شئت وإن شاء زيد لم يصح الإقرار وقال القاضى: يصح لأنه عقبه ما يرفعه فصح الإقرار دون ما يرفعه كاستثناء الكل وكما لو قال إن شاء الله.

ولنا أنه علقه على شرط يمكن علمه فلم يصح كما لو قال: له على ألف إن شهد به فلان وذلك لأن الإقرار إخبار بحق سابق فلا يتعلق على شرط مستقبل، ويفارق التعليق على مشيئة

ما لو قال له على ثوب فيه علم ولو قال: له عندى خاتم وأطلق لزمه الخاتم بفصه لأن اسم الخاتم يجمعهما وإن قال له على ثوب مطرز لزمه الثوب بطرازه.

فصل: وإن قال: له عندى دار مفروشة أو دابة مسرجة، أو عبد عليه عمامة ففيه أيضًا وجهان، وقال أصحاب الشافعى: تلزمه عمامة العبد دون الفرش أو السرج لأن العبد يده على عمامته ويده كيد سيده ولا يد للدابة والدار.

ولنا: أن الظاهر أن سرج الدابة لصاحبها وكذلك لو تنازع رجلان سرجًا على دابة أحدهما كان لصاحبها فصار كعمامة العبد فأما إن قال له عندى دابة بسرجها أو دار بفرشها أو سفينة بطعامها كان مقرًا بغير خلاف لأن الباء تعلق الثانى بالأول.

فصل: وإن قال: له على درهم أو دينار أو إما درهم وإما دينار كان مقرًا بأحدهما يرجع فى تفسيره إليه لأن أو إما فى الخبر للشك وتقتضى أحد المذكورين لا جميعهما، وإن قال: له على إما درهم وإما درهمان كان مقرًا بدرهم والثانى مشكوك فيه فلا يلزمه بالشك.

٨٥٢- **مسألة:** قال: (**ومن أقر بشىء واستثنى منه الكثير وهو أكثر من النصف أخذ بالكل وكان استثناؤه باطلاً**).

لا يختلف المذهب أنه لا يجوز استثناء ما زاد على النصف ويحكى ذلك عن ابن دَرَسْتَوَيْه النَّحْوِى(١٣) وقال أبو حنيفة ومالك والشافعى وأصحابهم: يصح ما لم يستثنى الكل فلو قال: له علىَّ مائة إلا تسعة وتسعين لم يلزمه إلا واحد بدليل قوله تعالى: ﴿**قَالَ فَبِعِزَّتِكَ لَأُغْوِيَنَّهُمْ**

الله تعالى فإن مشيئة الله تذكر فى الكلام تبركًا وصلة وتفويضًا إلى الله تعالى كقول الله تعالى: ﴿**لَتَدْخُلُنَّ الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ إِن شَاءَ اللَّهُ آمِنِينَ**﴾ (الفتح: ٢٧) وقد علم الله سبحانه أنهم سيدخلون بغير شك، ويقول الناس صلينا إن شاء الله مع يقين صلاتهم بخلاف مشيئة الآدمى والثانى أن مشيئة الله تعالى لا تعلم إلا بوقوع الأمر فلا يمكن وقوف الأمر على وجودها ومشيئة الآدمى يمكن العلم بها فيمكن جعلها شرطًا بتوقف الأمر على وجودها والماضى لا يمكن وقفه فتعين حمل الأمر ههنا على المستقبل فيكون لا إقرارًا وعدًا.

فصل: ولو قال: بعتك إن شاء الله أو زوجتك إن شاء الله فقال أبو إسحاق بن شاقلا: لا أعلم خلافًا عنه فى أنه إذا قيل له قبلت هذا النكاح فقال: نعم إن شاء الله أن النكاح واقع وبه قال أبو حنيفة، ولو قال: بعتك بألف إن شئت فقال: قد شئت وقبل صح، لأن هذا الشرط من موجب العقد ومقتضاه فإن الإيجاب إذا وجد من البائع كان القبول إلى مشيئة المشترى واختياره.

---

(١٣) هو عبد الله بن جعفر بن درستويه بن المرزبان أبو محمد الفارسى النحوى، ولد سنة ثمان وخمسين ومائتين وحمل عنه من علوم الأدب كتب صنفها، توفى سنة سبع وأربعين ثلاثمائة، المنتظم (١٤/ ١١٥) والبداية والنهاية (١١/ ٢٣٣).

أجمعين ﴿٨٢﴾ إلاَّ عبادَكَ منْهُمُ الْمُخْلَصينَ﴾ (ص: ٨٢، ٨٣) وقوله تعالى: ﴿إنَّ عبادي لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَانٌ إلاَّ مَنِ اتَّبَعَكَ منَ الْغَاوِينَ﴾ الحجر: ٤٢) فاستثنى فى موضع الغاوين من العباد وفى موضع العباد من الغاوين، وأيهما كان الأكثر فقد دل على استثناء الأكثر وأنشدوا:

أدُّوا التى نَقَصَتْ تِسْعِينَ مِنْ مائة ... ثم ابعثوا حكَمًا بالحَقِّ قَوَّاما

فاستثنى تسعين من مائة لأنه فى معنى الاستثناء ومشبه به ولأنه استثنى البعض فجاز كاستثناء الأقل، ولأنه رفع بعض ما تناوله اللفظ فجاز فى الأكثر كالتخصيص والبدل.

ولنا: أنه لم يرد فى لسان العرب الاستثناء إلا فى الأقل وقد أنكروا استثناء الأكثر فقال أبو إسحاق الزجاج(١٤): لم يأت الاستثناء إلا فى القليل من الكثير، ولو قال قائل مائة إلا تسعة وتسعين لم يكن متكلمًا بالعربية وكان عيّا من الكلام ولكنه، وقال القتيبى(١٥) يقال: صمت الشهر إلا يومًا ولا يقال صمت الشهر إلا تسعة وعشرين يومًا، ويقال لقيت القوم جميعهم إلا واحدًا أو اثنين ولا يجوز أن يقول لقيت القوم إلا أكثرهم، وإذا لم يكن صحيحًا فى الكلام لم يرتفع به ما أقر به كاستثناء الكل وكما لو قال: له على عشرة بل خمسة فأما ما احتجوا به من التنزيل فإنه فى الآية الأولى استثنى المخلصين من بنى آدم وهم الأقل، كما قال تعالى: ﴿إلاَّ الَّذينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ﴾ (ص: ٢٤) وفى الأخرى استثنى الغاوين من العباد وهم الأقل فإن الملائكة من العباد وهم غير غاوين، قال الله تعالى: ﴿بَلْ عِبَادٌ مُّكْرَمُونَ﴾ (الأنبياء: ٢٦) وقيل الاستثناء فى هذه الآية منقطع بمعنى الاستدراك فيكون قوله: ﴿إنَّ عِبَادي لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَانٌ﴾ الحجر: ٤٢) مبقى على عمومه لم يستثن منه شىء ثم استأنف: ﴿إلاَّ

37- مسألة: (وإن قال: له على ألف فى علمى أوْ فيما أعلم كان مقرّا به) لأن ما فى علمه لا يحتمل إلا الوجوب ولو قال: أقضيتنى إلا ألف الذى لى عليك؟ قال: نعم كان مقرًا به لأنه تصديق لما ادعاه وإن قال سلم إلىَّ ثوبى هذا أو فرسى هذه فقال: نعم فقد أقر بها لما ذكرنا وإن قال: اشتر عبدى هذا أو قال أعطنى هذا فقال: نعم كان إقرارًا لما ذكرنا.

38- مسألة: (وإن قال: إن قدم فلان فله على ألف درهم لم يكن مقرًا) لأنه ليس بمقر فى الحال وما لا يلزمه فى الحال لا يصير واجبًا عند وجود الشرط، وإن قال: له علىَّ ألف إن قدم فلان فعلى وجهين **أحدهما:** لا يكون إقرارًا كالمسألة قبلها **والثانى:** يكون مقرّا لأنه قدم الإقرار فثبت حكمه وبطل الشرط لأنه لا يصلح أن يكون أجلاً.

---

(١٤) هو الإمام نحوى زمانه، أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن السرى الزجاج البغدادى، مصنف كتاب «معانى القرآن» وله تآليف جمة، لزم المبرِّد، فكان يعطيه من عمل الزُّجاج كل يوم درهمًا فنصحه وعلمه، توفى سنة ست عشرة، سير أعلام النبلاء (١٤/ ٣٦٠).

(١٥) هو العلامة الكبير، ذو الفنون، أبو محمد، عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينورى، وقيل: الدوزى، الكاتب صاحب التصانيف، توفى سنة ست وأربعين ومائتين، سير أعلام النبلاء (١٣/ ٢٩٦).

مَنِ اتَّبَعَكَ مِنَ الْغَاوِينَ﴾ (الحجر: ٤٢) أى لكن من اتبعك من الغاوين فإنهم غووا باتباعك، وقد دل على صحة هذا قوله فى الآية الأخرى لأتباعه: ﴿وَمَا كَانَ لِيَ عَلَيْكُم مِّن سُلْطَانٍ إِلَّا أَن دَعَوْتُكُمْ فَاسْتَجَبْتُمْ لِي﴾ (إبراهيم: ٢٢) وعلى هذا لا يكون لهم فيها حجة وأما البيت فقال ابن فضال النحوى(١٦): هو بيت مصنوع لم يثبت عن العرب على أن هذا ليس باستثناء فإن الاستثناء له كلمات مخصوصة ليس هنا شيء منها والقياس لا يجوز فى اللغة ثم نعارضه بأنه استثنى أكثر من النصف فلم يجز كاستثناء الكل، والفرق بين استثناء الأكثر والأقل أن العرب استعملته فى الأقل وحسنته ونفته فى الأكثر وقبحته فلم يجز قياس ما قبحوه على ما حسنوه وجوزوه.

فصل: وفى استثناء النصف وجهان: **أحدهما:** يجوز، وهو ظاهر كلام الخرقى لتخصيصه الإبطال بما زاد على النصف لأنه ليس بأكثر فجاز كالأقل، **والثانى:** لا يجوز، ذكره أبو بكر لأنه لم يرد فى كلامهم إلا القليل من الكثير والنصف ليس بقليل.

فصل: وإن قال: له على عشرة إلا سبعة إلا خمسة إلا درهمين صح وكان مقرًا بستة وذلك لأنه إذا استثنى الكل أو الأكثر سقط إن وقف عليه، وإن وصله باستثناء آخر استعملناه

39- **مسألة: (وإن قال: له على ألف إذا جاء رأس الشهر كان إقرارًا وإن قال إذا جاء رأس الشهر فله على ألف فعلى وجهين)** قال أصحابنا فى المسألة الأولى: هو إقرار وفى الثانية ليس بإقرار وهو منصوص الشافعى، لأنه فى الأول بدأ بالإقرار ثم عقبه بما لا يقتضى رفعه لأن قوله إذا جاء رأس الشهر يحتمل أنه أراد المحل فلا يبطل الإقرار بأمر محتمل وفى الثانية بدأ بالشرط فعلق عليه لفظًا يصلح للإقرار ويصلح للوعد فلا يكون إقرارًا مع الاحتمال ويحتمل أنه لا فرق بينهما لأن تقديم الشرط وتأخيره سواء فيكون فيهما جميعًا وجهان.

40- **مسألة: (وإن قال: له على ألف إن شهد به فلان أو إن شهد به فلان صدقته لم يكن مقرًا)** لأنه يجوز أنه يصدق الكاذب.

41- **مسألة: (وإن قال: إن شهد به فلان فهو صادق احتمل وجهين) أحدهما:** لا يكون إقرارًا لأنه علقه على شرط فهى كالتى قبلها **والثانى:** يكون إقرارًا فى الحال لأنه لا يتصور صدقه إلا أن يكون ثابتًا فى الحال وقد أقر بصدقه.

42- **مسألة: (وإن أقر العربى بالعجمية أو العجمى بالعربية وقال: لم أرد ما قلت فالقول قوله مع يمينه لأنه يحتمل أن يكون صادقًا فلا يكون مقرًا).**

---

(١٦) هو إمام النحو أبو الحسن، علىُّ بن فضال بن على بن غالب المجاشعى طوف الدنيا، واتصل بنظام الملك وصنف الإكسير فى التفسير فى خمسة وثلاثين مجلدًا، ومؤلفًا فى النحو فى عدة مجلدات، والبرهان فى التفسير فى عشرين مجلدًا وله نظمٌ جيد. اهـ. توفى فى ربيع الأول سنة تسع وسبعين وأربعمائة. سير أعلام النبلاء (١٨/ ٥٢٨)

لأن الاستثناء مع المستثنى منه عبارة عما بقى فإن خمسة إلا درهمين عبارة عن ثلاثة استثناها من سبعة بقي أربعة استثناه من عشرة بقى منها ستة وإن قال: له على ثمانية إلا أربعة إلا درهمين بطل الاستثناء على قول أبى بكر لأنه استثنى النصف وصح على الوجه الآخر فلزمه خمسة، وإن قال: على عشرة إلا خمسة إلا ثلاثة إلا درهمين إلا درهما بطل الاستثناء كله على أحد الوجهين وصح فى الآخر فيكون مقرًا بسبعة، ولو قال عشرة إلا ستة إلا أربعة إلا درهمين فهو على الوجه الذى يصح فيه الاستثناء مقر بستة، ولو قال ثلاثة إلا درهمين إلا درهمًا كان مقرًا بثلاثة فأما إن قال: له على ثلاثة إلا ثلاثة إلا درهمين بطل الاستثناء كله لأن استثناء درهمين من ثلاثة استثناء الأكثر وهو موقوف عليه فبطل فإذا بطل الثانى بطل الأول لأنه استثناء الكل ولأصحاب الشافعى فى هذا ثلاثة أوجه: **أحدها**: يبطل الاستثناء لأن الأول بطل لكونه استثناء الكل فبطل الثانى لأنه فرعه، **والثاني**: يصح ويلزمه درهم، لأن الاستثناء الأول لما بطل جعلنا الاستثناء الثانى من الإقرار لأنه وليه لبطلان ما بينهما، **والثالث**: يصح ويكون مقرًا بدرهمين، لأنه استثنى درهمين من ثلاثة فبقى منها درهم مستثنى من الإقرار واستثناء الأكثر عندهم لا يصح ووافقهم القاضى فى هذا الوجه: وإن قال ثلاثة إلا ثلاثة إلا درهمًا بطل الاستثناء كله ويجيء على قول أصحاب الشافعي فيه مثل ما فى التى قبلها.

فصل: وإن قال: له على ألف درهم إلا خمسين فالمستثنى دراهم لأن العرب لا تستثنى فى الإثبات إلا من الجنس وإن قال: لهعلى ألف إلا خمسين درهمًا فالجميع دراهم كذلك

باب الحكم فيما إذا وصل بإقراره ما يغيره

إذا وصل بإقراره ما يسقطه مثل أن يقول له: على ألف لا يلزمنى أو قد قبضه أو استوفاه أو ألف من ثمن خمر أو تكفلت به على أنى بالخيار لزمته الألف ولا يقبل قوله ذكره أبو الخطاب وهو قول أبى حنيفة وأحد قولى الشافعي، وذكر القاضى إذا قال: له على ألف زيوف وفسره برصاص أو نحاس لم يقبل لأنه رفع كل ما اعترف به وقال فى سائر الصور التى ذكرناها يقبل قوله لأنه عزا إقراره إلى سببه فقبل كما لو عزاه إلى سبب صحيح إلا فى قوله على ألف لا يلزمنى.

ولنا أن هذا يناقض ما أقر به فلم يقبل كالصورة التى قبلها، وكما ولو قال: له عليَّ ألف لا تلزمنى أو نقول رفع جميع ما أقر به فلم يقبل كاستثناء الكل وتناقض كلامه غير خاف فإن ثبوت ألف عليه فى هذه المواضع لا يتصور وإقرراه إخبار بثبوته فتنافيا وإن سلم ثبوت الألف عليه فهو ما قلنا.

43- **مسألة: (وإن قال: له عليَّ ألف إلاَّ ألفًا لم يصح)** لأنه استثنى الكل ولا يصح بغير خلاف، لأنه رجوع عنه الإقرار، وإن قال إلاَّ ستمائة لم يصح، وسنذكره إن شاء الله تعالى.

وخذا اختيار ابن حامد والقاضى وهو قول أبى ثور وقال أبو الحسن التميمى وأبو الخطاب يكون الألف مبهمًا يرجع فى تفسيره إليه وهذا قول مالك والشافعى لأن الاستثناء عندهما يصح من غير الجنس ولأن لفظه فى الألف مبهم والدراهم لم تذكر تفسيراً له فيبقى على إبهامه.

ولنا: أنه لم يرد عن العرب الاستثناء فى الإثبات إلا من الجنس فمتى علم أحد الطرفين علم أن الآخر من جنسه كما لو علم المستثنى منه وقد سلموه وعلته تلازم المستثنى والمستثنى منه فى الجنس فما ثبت فى أحدهما ثبت فى الآخر فعلى قول التميمى يسأل على المستثنى منه فإن فسره بغير الجنس بطل الاستثناء وعلى قول غيرهما ينظر فى المستثنى إن كان مثل المستثنى منه أو أكثر بطل وإلا صح(١٧).

فصل: ولا يقبل رجوع المقر عن إقراره إلاَّ ما كان حدّاً لله تعالى يدرأ بالشُبهات ويحتاط لإسقاطه، فأما حقوق الآدميين وحقوق الله تعالى التى لا تدرأ بالشبهات كالزكاة والكفارات فلا يقبل رجوعه عنها، ولا نعلم فى هذا خلافًا.

44- مسألة: (وإن قال: كان له عندى ألف وقضيته أو قضيت منه خمسمائة درهم، فقال الخرقى: ليس بإقرار والقول قوله مع يمينه) وحكى ابن أبى موسى فى هذه المسألة روايتين: **إحداهما**: أن هذا ليس بإقرار، اختاره القاضى وقال: لم أجد عن أحمد رواية بغير هذا **والثانية**: أنه مقر بالحق مدع لقضائه فعليه البينة بالقضاء وإلا حلف غريمه وأخذه اختاره أبو الخطاب، وهو قول أبى حنيفة، لأنه أقر بالدين وادعى القضاء بكلام منفصل، ولأنه رفع جميع ما أثبته فلم يقبل كاستثناء الكل، وللشافعى قولان كالمذهبين، ووجه قول الخرقى أنه قول متصل تمكن صحته ولا تناقض فيه فوجب أن لا يقبل كاستثناء البعض، وفارق المنفصل، لأن حكم الأول قد استقر بسكوته عنه فلا يمكن رفعه بعد استقراره ولذلك لا يرفع بعضه باستثناء ولا غيره فما يأتى بعده من دعوى القضاء يكون دعوى مجردة لا تقبل إلا ببينة وأما استثناء الكل فمتناقض، لأنه لا يمكن أن يكون عليه ألف وليس عليه شىء.

فصل: فإن قال: كان له علىَّ ألف وقضيته منه خمسمائة فالكلام فيه كالكلام فيما إذا قال: وقضيته، وإن قال له إنسان: عليك مائة لى فقال: قد قضيتك منها خمسين فقال القاضى: لا يكون مقرّاً بشىء، لأن الخمسين التى ذكر أنه قضاها فى كلامه ما يمنع بقاءها وهو دعوى القضاء وباقى المائة لم يذكرها وقوله منها يحتمل أنه يريد بها مما يدعيه ويحتمل مما علىَّ فلا يثبت عليه شىء بكلام محتمل ويجىء على قول من قال بالرواية الأخرى أنه يلزمه الخمسون التى ادعى قضاءها، لأن فى ضمن دعوى القضاء إقراراً بأنها كانت عليه فلا تقبل دعوى القضاء بغير بينة.

---

(١٧) وفى المطبوعة زيادة قوله: وعند القاضى يصح الاستثناء ويصح تفسير الألف بأى شىء كان إذا كان من قيمة ذلك الشىء، بعد استثناء الدراهم منه. اهـ.

فــصل: وإن قال: له علىَّ تسعة وتسعون درهمًا فـالجميع دراهم لا أعلم فيه خلافًا، وإن قال مائة وخمسون درهمًا فكذلك، وخرج بعض أصحابنا وجهًا أنه لا يكون تفسيرًا إلا لما يليه وهو قول بعض أصحاب الشافعى وكـذلك إن قال ألف وثلاثة دراهم أو خمسون درهمًا وألف درهم أو ألف ومائة درهم أو مائة وألف درهم، والصحيح مـا ذكرنا فإن الدرهم المفسر يكون تفسيرًا لجميع ما قبله من الجـمل المبهمـة وجنس العدد، قال الله تعـالى مخبـرًا عن أحد الخصمين أنه قال: ﴿إِنَّ هَذَا أَخِي لَهُ تِسْعٌ وَتِسْعُونَ نَعْجَةً﴾ (ص: ٢٣) وفى الحديث أن رسول الله ﷺ توفى وهو ابن ثلاث وستين سنة وتوفى أبو بكر وهو ابن ثلاث وستين سنة وتوفى عمر وهو ابن ثلاث وستين سنة(١٨)، وقال عنترة:

فـيـهـــا اثنتــان وأربعـــون حلوبة سودًا كخافـية الغراب الأسحم(١٩)

ولأن الدرهم ذكر تفسيرًا ولهذا لا تجب به زيادة على العدد المـذكور فكان تفسيرًا لجميع ما قبله لأنـها تحتاج إلى تفسـير وهو صالح لتفـسيرها فوجب حـمله على ذلك وهذا المعنى موجود فى قوله ألف وثلاثة دراهم وسائر الصور المـذكورة، فعلى قول من لا يجعل المجمل من جنس المفسر أو قـال: بعتك هذا بمائة وخمسين درهمًا، أو بخمـسة وعشرين درهمًا، لا يصح وهو قول شاذ ضعيف لا يعول عليه.

فصل: فإن قال: كان له علىَّ ألف وسكت لزمه الألف فى ظاهر قول أصحابنا، وهو قول أبى حنيفـة وأحد قولـى الشافعى وقـال فى الآخر: لا يلزمه شىء وليـس هذا بإقرار، لأنه لم يذكر علـيه شيـئًا فى الحـال إنما أخـبر بذلك فى زمن ماض فـلا يثبت فى الحـال ولذلك لو شهدت البينة لم يثبت.

ولنا: أنه أقر بالوجوب ولم يذكـر ما يرفعه فبقى على ما كـان عليه، ولهذا لو تنازعا دارًا فأقر أحدهمـا للآخر أنها كانت ملكه حكم بها له إلاَّ أنه ههنا إن عـاد فادعى القضاء أو الإبراء سمعت دعواه، لأنه لا تنافى بين الإقرار وبين ما يدعيه، وهذا على إحدى الروايتين.

فــصل: وإن قال: له علىَّ ألف قضـيته إياه لزمه الألف ولم تقبل دعـوى القضاء، وقـال القاضى: تقبل، لأنه رفع ما أثبته بدعوى القضاء متصـلاً فأشبه ما لو قال كان له علىَّ وقضيته له، وقال ابن أبى موسى إن قال: قضيت جميعه لم يقبل إلا ببينة ولزمه الألف الذى أقر به وله اليمين على المقر له، وأما لو قال: قضيت بعضه قبل منه فى إحدى الروايتين، لأنه رفع بعض

(١٨) أخرجه أحمد فى مسنده (٤/ ٩٦) بلفظه من حديث معاوية بن أبى سفيان، وأخرجه البخارى (٦/ ح ٣٥٣٦/ فتح) مـن حديث عائشـة أن النبى ﷺ توفى وهو ابن ثلاث وسـتين، والتـرمذى (٥/ ح ٣٦٢١) من حديث ابن عباس.

(١٩) البـيت فى ديوانه: والأسـحم: السَّحَمُ والسَّحام والسُّحمة السـواد. قال الليث: السحمة سواد كلون الغراب الأسحم، وكل أسود أسحم.

فصل: وإن قال: له على ألف ودرهم أو ألف وثوب أو قفيز حنطة، فالمجمل من جنس المفسر أيضًا، وكذلك لو قال ألف درهم وعشرة أو ألف ثوب وعشرون، وهذا قول القاضى وابن حامد وأبى ثور وقال التميمى وأبو الخطاب يرجع فى تفسير المجمل إليه، لأن الشىء يعطف على جنسه قال الله تعالى: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ (البقرة: ٢٣٤) ولأن الألف مبهم فرجع فى تفسيره إلى المقر كما لو لم يعطف عليها، وقال أبو حنيفة: إن عطف على المبهم مكيلاً أو موزونًا كان تفسيرًا له وإن عطف مذروعًا أو معدودًا لم يكن تفسيرًا، لأن على الإيجاب فى الذمة فإن عطف عليه ما يثبت فى الذمة بنفسه كان تفسيرًا كقوله: مائة وخمسون درهمًا.

ولنا: أن العرب تكتفى بتفسير إحدى الجملتين عن الجملة الأخرى، قال الله تعالى:

ما أقر به بكلام متصل فأشبه ما لو استثناه بخلاف ما إذا قال: قضيت جميعه لكونه رفع جميع ما هو ثابت فأشبه استثناء الكل.

ولنا أنه قول متناقض إذ لا يمكن أن يكون عليه ألف قد قضاه فإن كونه عليه يقتضى بقاءه فى ذمته واستحقاق مطالبته به وقضاءه بمقتضى براءة ذمته منه وتحريم مطالبته به وهذان ضدان لا يتصور اجتماعها فى زمن واحد بخلاف ما إذا قال: له كان على وقضيته فإنه أخبر بهما فى زمانين ويمكن أن يرفع ما كان ثابتًا ويقضى ما كان دينًا وإذا لم يصح هذا فى الجميع لم يصح فى البعض لاستحالة بقاء ألف عليه قد قضى بعضه، ويفارق الاستثناء فإن الاستثناء مع المستثنى منه عبارة عن الباقى من المستثنى منه فقول الله تعالى: ﴿فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلاَّ خَمْسِينَ عَامًا﴾ (العنكبوت: ١٤)عبارة عن تسعمائة وخمسين عامًا أما القضاء فإنما يرفع جزءًا كان ثابتًا فإذا ارتفع بالقضاء لا يجوز التعبير عنه بما يدل على القضاء.

فصل: قال الشيخ، رحمه الله: **(ويصح استثناء ما دون النصف ولا يصح فيما زاد عليه وفى النصف وجهان).**

الاستثناء من الجنس ـ وهو ما دخل فى المستثنى منه ـ جائز بغير خلاف علمناه فإن ذلك كلام العرب وقد جاء فى الكتاب والسنة قال الله تعالى: ﴿فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلاَّ خَمْسِينَ عَامًا﴾ وقال النبى ﷺ: «يكفر عنه خطاياه كلها إلاَّ الدين» [١] وذلك فى كلام العرب كثير فإذا أقر بشىء واستثنى منه كان مقرًا بالباقى بعد الاستثناء فإذا قال: له علىَّ مائة إلاَّ عشرة كان مقرًا بتسعين، لأن الاستثناء يمنع أن يدخل فى اللفظ ما لولاه لدخل فإنه لو دخل ما أمكن إخراجه ولو أقر بالعشرة المستثناة لما قبل منه إنكارها وقول الله تعالى: ﴿فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلاَّ خَمْسِينَ عَامًا﴾ إخبار بتسعمائة وخمسين فالاستثناء بين أن الخمسين المستثناة غير مرادة كما

---

(١)أخرجه مسلم (٣/ إمارة/ ١٥٠١، ١٥٠٢، ١١٧، ١١٩، ١٢٠) والترمذى (/ ١٧١٢) والنسائى (٦/ ٣٤، ٣٥) وأحمد فى مسنده (٢/ ٣٠٨، ٣٣٠) (٣/ ٣٥٢، ٣٧٣).

﴿ وَلَبِثُوا فِي كَهْفِهِمْ ثَلاثَ مِائَةٍ سِنِينَ وَازْدَادُوا تِسْعًا ﴾ (الكهف: ٢٥) وقال الله تعالى: ﴿ عَنِ الْيَمِينِ وَعَنِ الشِّمَالِ قَعِيدٌ ﴾ (ق: ١٧) ولأنه ذكر مبهمًا مع مفسر لم يقم الدليل على أنه من غير جنسه فكان المبهم من جنس المفسر كما لو قال مائة وخمسون درهمًا أو ثلاثمائة وثلاثة عشر رجلاً يحققه أن المبهم يحتاج إلى التفسير وذكر التفسير في الجملة المقارنة له يصلح أن يفسره فوجب حمل الأمر على ذلك، أما قوله: ﴿ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ فإنه امتنع أن يكون العشر أشهرًا لوجهين: **أحدهما**: أن العشر بغيرها، عدد للمؤنث والأشهر مذكرة فلا يجوز أن تعد بغيرها، **الثاني**: أنها لو كانت أشهرًا لقال أربعة عشر شهرًا بالتركيب لا بالعطف كما قال ﴿ عَلَيْهَا تِسْعَةَ عَشَرَ ﴾ (المدثر: ٣٠) وقولهم: إن الألف مبهم قلنا قد قرن به ما يدل على تفسيره فأشبه ما لو قال مائة وخمسون درهمًا أو مائة ودرهم عند أبي حنيفة فإن قيل: إذا قال مائة وخمسون درهمًا والدرهم ذكر للتفسير، ولهذا لا يزداد به العدد فصلح تفسير الجميع ما قبله بخلاف قوله مائة درهم فإنه ذكر الدرهم للإيجاب لا للتفسير بدليل أنه زاد به العدد قلنا هو صالح للإيجاب والتفسير معًا والحاجة داعية إلى التفسير فوجب حمل الأمر على ذلك صيانة الكلام المقر عن الإلباس والإبهام وصرفًا له إلى البيان والإفهام، وقول أصحاب أبي حنيفة إن على للإيجاب قلنا فمتى عطف ما يجب بها على ما يجب وكان أحدهما مبهمًا والآخر مفسرًا وأمكن تفسيره به وجب أن يكون المبهم من جنس المفسر فأما إن لم يكن مثل أن يعطف عدد المذكر على المؤنث أو بالعكس ونحو ذلك فلا يكون أحدهما من جنس الآخر ويبقى المبهم على ابهامه كما لو قال له على أربعة دراهم وعشر.

أن التخصيص يبين أن المخصوص غير مراد باللفظ العام، إذا ثبت ذلك فلا نعلم خلافًا في جواز استثناء ما دون النصف وقد دل عليه ما ذكرنا من الكتاب والسنة.

فصل: فأما استثناء ما زاد على النصف فلا يختلف المذهب أنه لا يصح، وهو كاستثناء الكل يؤخذ بالجميع ويحكى ذلك عن ابن درستويه النحوي، وقال أبو حنيفة ومالك وأصحابهم: يصح استثناء ما دون الكل فلو قال: له عليَّ مائة إلا تسعة وتسعين لم يلزمه إلا واحد بدليل قول الله تعالى: ﴿ قَالَ فَبِعِزَّتِكَ لأُغْوِيَنَّهُمْ أَجْمَعِينَ (٨٢) إِلاَّ عِبَادَكَ مِنْهُمُ الْمُخْلَصِينَ ﴾ (ص: ٨٢، ٨٣) وقوله: ﴿ إِنَّ عِبَادِي لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَانٌ إِلاَّ مَنِ اتَّبَعَكَ مِنَ الْغَاوِينَ ﴾ (الحجر: ٤٢) وأيهما كان الأكثر فقد دل على استثناء الأكثر وأنشدوا:

أَدُّوا الَّتِي نَقَصَتْ تِسْعِينَ مِنْ مَائَةٍ ... ثُمَّ ابْعَثُوا حَكَمًا بِالْحَقِّ قَوَّامًا

فاستثنى تسعين من مائة، ولأنه في معنى الاستثناء ومشبه به وأنه استثنى البعض فجاز كاستثناء الأقل ولأنه رفع بعض ما تناوله اللفظ فجاز كالتخصيص والبدل.

ولنا: أنه لم يرد في لسان العرب الاستثناء إلاَّ في الأقل وقد أنكروا استثناء الأكثر فقال أبو إسحاق الزجاج: لم يأت الاستثناء إلاَّ في القليل من الكثير ولو قال قائل: مائة إلا تسعة

٨٥٣- **مسألة:** قال: (**وإذا قال له عندى عشرة دراهم ثم قال وديعة كان القول قوله**).

جملته: أن من أقر بهذا اللفظ فقال له عندى دراهم ثم فسر إقراره بأنها وديعة قبل تفسيره لا نعلم فيه اختلافًا بين أهل العلم سواء فسره بكلام متصل أو منفصل، لأنه فسر لفظه بما يقتضيه فقبل كما لو قال: له علىَّ دراهم وفسرها بدين عليه فعند ذلك تثبت فيها أحكام الوديعة بحيث لو ادعى تلفها بعد ذلك أو ردها كان القول قوله، وإن فسرها بدين عليه قبل أيضًا لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ وإن قال: له عندى وديعة رددتها إليه أو تلفت لزمه ضمانها ولم يقبل قوله وبهذا قال الشافعى: لما فيه من مناقضة الإقرار والرجوع عما أقر به فإن الألف المردود والتالف ليست عنده أصلاً ولا هى وديعة وكل كلام يناقض الإقرار ويحيله يحب أن يكون مردودًا، وقال القاضى: يقبل قوله، لأن أحمد قال فى رواية ابن منصور إذا قال لك عندى وديعة دفعتها إليك صدق لأنه ادعى تلف الوديعة أو ردها فقبل كما لو ادعى ذلك بكلام منفصل وإن قال كانت عندى وظننت أنها باقية ثم عرفت أنها كانت قد هلكت فالحكم فيها كالتى قبلها.

٨٥٤- **مسألة:** قال: (**ولو قال: له علىَّ ألف ثم قال: وديعة، لم يقبل قوله**).

وجملة ذلك أنه إذا أقر بدراهم بقوله على كذا ثم فسره بالوديعة لم يقبل قوله فلو ادعى بعد هذا تلفها لم يقبل قوله بهذا قال أبو حنيفة والشافعى، وقيل عن الشافعى يقبل قوله إنها وديعة وإذا ادعى بعد ذلك تلفها قبل منه وقال القاضى: ما يدل على هذا أيضًا لأن الوديعة عليه حفظها وردها فإذا قال على وفسرها بذلك احتمل صدقه فقبل منه كما لو وصله بكلامه فقال على ألف وديعة ولأن حروف الصفات(٢٠) يخلف بعضها بعضًا فيجوز أن يستعمل على

وتسعين لم يكن متكلمًا بالعربية وكان عيًّا من الكلام وَلُكْنَةً، وقال القتيبى: يقال صمت الشهر إلا يومًا ولا يقال صمت الشهر إلا تسعة وعشرين يومًا ويقال لقيت القوم جميعهم إلا واحدًا أو اثنين ولا يجوز أن يقال لقيت القوم إلا أكثرهم وإن لم يكن صحيحًا فى الكلام لم يرتفع به ما أقر به كاستثناء الكل وكما لو قال: له على عشرة بل خمسة، وأما ما احتجوا به من التنزيل فإنه فى الآية الأولى استثنى المخلصين من بنى آدم وهم الأقل كما قال: ﴿**إِلاَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ**﴾ (ص: ٢٤) وفى الآية الأخرى استثنى الغاوين من العباد وهم الأقل فإن الملائكة من العباد وهم غير غاوين قال الله تعالى: ﴿**بَلْ عِبَادٌ مُّكْرَمُونَ**﴾ (الأنبياء: ٢٦) وقيل الاستثناء فى هذه الآية منقطع بمعنى الاستدراك فيكون قوله: ﴿**إِنَّ عِبَادِى لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَانٌ**﴾ (الحجر: ٤٢) يبقى على عمومه لم يستثن منه شىء فيكون قوله ﴿**إِلاَّ مَنِ اتَّبَعَكَ مِنَ الْغَاوِينَ**﴾ (الحجر: ٤٢) أى: لكن من اتبعك من الغاوين فإنهم غووا باتباعك، وقد دل على صحة هذا قوله فى الآية الأخرى لأتباعه ﴿**وَمَا كَانَ لِىَ عَلَيْكُم مِّن سُلْطَانٍ إِلاَّ أَن دَعَوْتُكُمْ**

---

(٢٠) فى المطبوعة: «الصِّلَاتِ».

بمعنى عندى كما قال الله تعالى إخباراً عن موسى عليه السلام أنه قال: ﴿وَلَهُمْ عَلَيَّ ذَنبٌ﴾ (الشعراء: ١٤) أى عندى.

ولنا أن عليَّ للإيجاب وذلك يقتضى كونها فى ذمته وكذلك لو قال ما على فلان على كان ضامنًا له والوديعة ليست فى ذمته ولا هى عليه إنما هى عنده وما ذكروه مجاز طريقه حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه أو إقامة حرف مقام حرف والإقرار يؤخذ فيه بظاهر اللفظ بدليل أنه لو قال له على دراهم لزمته ثلاثة دراهم وإن جاز التعبير بلفظ الجمع عن اثنين وعن واحد كقوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلأُمِّهِ السُّدُسُ﴾ (النساء: ١١) ومواضع كثيرة فى القرآن، ولو قال له على درهم وقال أردت نصف درهم فحذفت المضاف وأقمت المضاف إليه مقامه لم يقبل منه، ولو قال لك من مالى ألف قال صدقت ثم قال أردت أن عليك من مالى ألفًا وأقمت اللام مقام على كقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا﴾ (الإسراء: ٧) لم يقبل منه ولو قبل فى الإقرار مطلق الاحتمال لسقط ولقبل تفسير الدراهم بالناقصة والزائفة والمؤجلة وأما إذا قال لك على ألف ثم قال كان وديعة فتلف لم يقبل قوله، لأنه متناقض، وقد سبق نحو من هذا.

فصل: وإن قال لك على مائة درهم ثم حضرها وقال هذه التى أقررت بها وهى وديعة كانت لك عندى فقال المقر له هذه وديعة والتى أقررت بها غيرها وهى دين عليك فقول الخرقى يقتضى أن القول قول المقَر له وهو قول أبى حنيفة وقال القاضى: القول قول المقر مع يمينه وللشافعى قولان كالوجهين وتعليلها ما تقدم وإن كان قال فى إقراره: لك على مائة فى ذمتى فإن القاضى وافق ههنا فى أنه لا يقبل قول المقر لأن الوديعة عين لا تكون فى الذمة قال

فَاسْتَجَبْتُمْ لِي﴾ (إبراهيم: ٢٢) وعلى هذا لا يكون لهم فيها حجة وأما البيت فقال ابن فضال النحوى: هو بيت مصنوع لم يثبت عن العرب على أن هذا ليس باسثناء فإن الاستثناء له كلمات مخصوصة ليس هذا منها والقياس لا يجوز فى اللغة ثم نعارضه بأنه استثنى أكثر من النصف فلم يجز كاستثناء الكل والفرق بين استثناء الأكثر والأقل أن العرب استحسنته فى الأقل واستعملته ونفته فى الأكثر وقبحته فلم يجز قياس ما قبحوه على ما حسنوه.

فصل: وفى استثناء النصف وجهان: أحدهما: يجوز وهو ظاهر كلام الخرقى، لأنه ليس بالأكثر فجاز كالأقل والثانى: لا يجوز ذكره أبو بكر، لأنه لم يرد فى كلامهم إلاَّ فى القليل من الكثير والنصف ليس بقليل وهو أولى.

45- مسألة: **(فإذا قال: له على هؤلاء العبيد العشرة إلاَّ واحدًا لزمه تسليم تسعة)** فإن عينه فقال: إلاَّ هذا صح وكان مقرًا بمن سواه وإن قال إلا واحدًا ولم يعينه صح لأن الإقرار يصح مجهولاً فكذلك الاستثناء منه ويرجع فى تعيين المسمى إليه، لأن الحكم يتعلق بقوله وهو أعلم بمراده به، وإن عين من عدا المستثنى صح وكان الباقى له.

430- مسألة: **(فإن ماتوا إلا واحدًا فقال: هو المستثنى فهل يقبل؟ على وجهين)**

وقد قيل يقبل لأنه يحتمل فى ذمتى أداؤها ولأنه يجوز أن يكون عنده وديعة تعدى فيها فكان ضمانها عليه فى ذمته ولأصحاب الشافعى فى هذه وجهان، فأما إن وصل ذلك بكلامه فقال لك على مائة وديعة قبل لأنه وصل كلامه بما يحتمله فصح كما لو قال له على دراهم ناقصة وإن قال له على مائة وديعة دينًا أو مضاربة دينًا صح ولزمه ضمانها، لأنها قد يتعدى فيها فتكون دينًا وإن قال أردت أنه شرط على ضمانها لم يقبل، لأنها تصير بذلك دينًا، وإن قال: عنده مائة وديعة شرط على ضمانها، لم يلزمه ضمانها لأن الوديعة لا تصير بالشرط مضمونة، وإن قال على وعندى مائة ودرهم عارية لزمته وكانت مضمونة عليه سواء حكمنا بصحة العارية فى الدراهم أو بفسادها لأن ما ضمن فى العقد الصحيح ضمن فى الفاسد، وإن قال أودعنى مائة فلم أقبضها أو أقرضنى مائة فلم آخذها قبل قوله متصلاً، ولم يقبل إذا كان منفصلاً وهكذا إذا قال نقدنى مائة فلم أقبضها وهذا قول الشافعى.

فصل: فإن قال له فى هذا العبد ألف أو له من هذا العبد ألف طولب بالبيان، فإن قال نقد عنى ألفًا فى ثمنه كان قرضًا، وإن قال نقد فى ثمنه ألفًا قلنا: بيِّنْ كم ثمن العبد وكيف كان الشراء فإن قال إيجاب واحد وزن ألفًا ووزنت ألفًا كان مقرًا بنصف العبد وإن قال وزنت ألفين كان مقرّا بثلثه والقول قوله مع يمينه سواء كانت القيمة قدر ما ذكره أو أقل لأنه قد يغبن وقد يغبن، وإن قال اشتريناه بإيجابين، قيل: فكم اشترى منه فإن قال نصفًا أو ثلثًا أو أقل أو أكثر قبل منه مع يمينه وافق القيمة أو خالفها وإن قال وصى له بألف من ثمنه بيع وصرف إليه من ثمنه ألف، وإن أراد أن يعطيه ألفًا من ماله من غير ثمن العبد لم يلزمه قبوله لأن الموصى له يتعين حقه فى ثمنه، وإن فسر ذلك بألف من جناية جناها العبد فتعلقت برقبته قبل ذلك وله

إحداهما: يقبل ذكره القاضى وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى والوجه الثانى: لا يقبل ذكره أبو الخطاب وهو الوجه الثانى لأصحاب الشافعى، لأنه يرفع به الإقرار كله، والصحيح الأول، لأنه يقبل تفسيره به فى حياتهم لمعنى هو موجود بعد موتهم فقبل كحالة حياتهم وليس هذا رفعًا للإقرار وإنما تعذر تسليم المقر به لتلفه لا لمعنى يرجع إلى التفسير أشبه ما لو عينه فى حياته فتلف بعد تعيينه فإن قتل الجميع إلا واحدًا قبل تفسيره بالباقى وجهًا واحدًا، لأنه غير متهم لأن المقر له يحصل له قيمة المقتولين بخلاف الموت فإنه لا يحصل للمقر له شىء، وإن قتلوا كلهم فله قيمة أحدهم ويرجع فى التفسير إليه، وإن قال: غصبتك هؤلاء العبيد إلا واحدًا قبل تفسيره به وجهًا واحدًا، لأن المقر له يستحق قيمة الهالكين فلا يفضى التفسير بالباقى إلى سقوط الإقرار بخلاف ما إذا ماتوا.

فصل: وحكم الاستثناء بسائر أدواته حكم الاستثناء بإلا، فإذا قال: له على عشرة سوى درهم أو ليس درهمًا أو خلا درهمًا أو عدا درهمًا أو لا يكون درهمًا أو غير درهم بفتح الراء كان مقرًا بدرهم وإن قال غير درهم بضم الراء وهو من أهل العربية كان مفسرًا بعشرة، لأنها

بيع العبد ودفع الألف من ثمنه، وإن قال أردت أنه رهن عنده بألف ففيه وجهان: **أحدهما**: لا يقبل، لأن حق المرتهن فى الذمة، **والثانى**: يقبل، لأن الدين يتعلق بالرهن فصح تفسيره به كالجناية ومذهب الشافعى كما ذكرنا فى الفضل جميعه.

فصل: وإن قال له فى مالى هذا ألف أو من مالى وفسره بدين أو وديعة أو وصية فيه قبل، وقال بعض أصحاب الشافعى لا يقبل إقراره لأن ماله ليس هو لغيره.

ولنا: أنه أقر بألف فقبل كما لو قال فى مالى ويجوز أن يضيف إليه مالاً بعضه لغيره ويجوز أن ضيف مال غيره إليه لاختصاص له به أو يد له عليه أو ولاية، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ (النساء: ٥) وقال سبحانه فى النساء: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾ (الطلاق: ١) وقال لأزواج رسول الله ﷺ: ﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ﴾ (الأحزاب: ٣٣) فلا يبطل إقراره مع احتمال صحته وإن قال: أردت هبة قبل منه، لأنه محتمل، وإن امتنع من تقبيضها لم يجبر عليه، لأن الهبة فيها لا تلزم قبل القبض، وكذلك يخرج فيما إذا قال: لفلان فى دارى هذه نصفها أو من دارى بعضها، وقد نقل عن أحمد ما يدل على روايتين، قال فى رواية منها فيمن قال نصف عبدى هذا لفلان لم يجز إلا أن يقول قد وهبته، وإن قال: نصف مالى هذا لفلان لا أعرف هذا ونقل ابن منصور وإذا قال: فرسى هذه لفلان فإقراره جائز، فظاهر هذا صحة الإقرار، فإن قال له فى هذا المال نصفه أو له نصف هذه الدار فهو إقرار صحيح، وإن قال له فى هذا المال ألف صح، وإن قال: له فى ميراث أبى ألف فهو إقرار بدين على التركة، وإن قال: فى ميراثى من

تكون صفة للعشرة المقر بها ولا تكون استثناء فإنها لو كانت استثناء كانت منصوبة، وإن لم يكن من أهل العربية لزمه تسعة، لأن الظاهر أنه يريد الاستثناء، وإنما ضمها جهلاً منه بالعربية لا قصداً للصفة.

فصل: ولا يصح الاستثناء إلاَّ أن يكون متصلاً بالكلام فإن سكت سكوتًا يمكنه الكلام فيه أو فصل بين المستثنى والمستثنى منه بكلام أجنبى لم يصح، لأنه إذا سكت وعدل عن إقراره إلى شيء آخر استقر حكم ما أقر به فلم يرفع بخلاف ما إذا كان فى كلامه فإنه لا يثبت حكمه أو ينظر ما يتم به كلامه ويتعلق به حكم الاستثناء والشروط والبدل ونحوه.

47- **مسألة: (وإن قال له هذه الدار إلا هذا البيت لى قبل منه)** لأن الأول استثناء فلا يدخل البيت فى إقراره والثانى فى معنى الاستثناء لكونه أخرج بعض ما يتناوله اللفظ بكلام متصل وسواء كان البيت أكثر من نصف الدار أو أقل.

48- **مسألة: (وإن قال: له علىَّ درهمان وثلاثة إلا درهمين فهل يصح على وجهين؟)**.

أحدهما: يصح، لأن الاستثناء يعود إلى الجملتين، وهو أقل من النصف **والثانى**: لا يصح، لأنه يعود إلى أقرب المذكورين فيكون استثناء أكثر من النصف.

أبى وقال: أردت هبة قبل منه، ولأنه إذا أضاف الميراث إليه أبيه فمقتضاه ما خلفه فيقتضى وجوب المقر به فيه، وإذا أضاف الميراث إلى نفسه فمعناه ما ورثته وانتقل إلى فلا يحمل على الوجوب وإذا أضاف إليه منه جزءًا فالظاهر أنه جعل له جزءًا من ماله.

فصل: وإن قال له فى هذا العبد شركة صح إقراره وله تفسيره بأى قدر كان منه، وقال أبو يوسف يكون مقرًا بنصفه لقوله تعالى: ﴿فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾ (النساء: ١٢) فاقتضى ذلك التسوية بينهم كذا ههنا.

ولنا: أن أى جزء كان له منه فله فيه شركة فكان له تفسيره بما شاء كالنصف وليس إطلاق لفظ الشركة على ما دون النصف مجازًا ولا مخالفًا للظاهر والآية تثبت التسوية فيها بدليل وكذلك الحكم إذا قال هذا العبد شركة بيننا.

49- مسألة: (وإن قال: له على درهم ودرهم إلاَّ درهمًا أو ثلاثة ودرهمان إلاَّ درهمين أو ثلاثة ونصف إلاَّ نصفًا أو إلاَّ درهمًا أو خمسة وتسعون إلاَّ خمسة لم يصح الاستثناء).

ولزمه جميع ما أقر به قبل الاستثناء وهذا قول الشافعى وهو الذى يقتضيه مذهب أبى حنيفة وفيه وجه آخر أنه يصح، لأن الواو العاطفة تجمع بين العددين وتجعل الجملتين كالجملة الواحدة وعندنا أن الاستثناء إذا تعقب جملاً معطوفًا بعضها على بعض بالواو عاد إلى جميعها كقولنا فى قوله تعالى: ﴿وَلا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُوْلَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ (٤) إِلاَّ الَّذِينَ تَابُوا﴾ (النور: ٤، ٥) إن الاستثناء عاد إلى الجملتين فإذا تاب القاذف قبلت شهادته ومن ذلك قول النبى ﷺ: «لا يَؤُمَّنَّ الرجل فى سلطانه ولا يجلس على تكرمته إلا بإذنه»[2] قال شيخنا: والأول أولى، لأن الواو لم تخرج الكلام من أن يكون جملتين والاستثناء يرفع إحداهما جميعها ولا نظير لهذا فى كلامهم، ولأن صحة الاستثناء تجعل إحدى الجملتين مع الاستثناء لغوًا، لأنه أثبت شيئًا بلفظ مفرد ثم رفعه كله فلا يصح كما لو استثنى منها وهى غير معطوفة على غيرها فأما الآية والخبر فإن الاستثناء لم يرفع إحدى الجملتين إنما أخرج من الجملتين معًا من اتصف بصفة فنظيره قوله للبواب من جاء يستأذن فأذن له وأعطه درهمًا إلاَّ فلانًا ونظير مسألتنا ما لو قال: أكرم زيدًا وعمرًا إلاَّ عمرًا.

50- مسألة: (وإن قال: له على خمسة إلاَّ درهمين ودرهمًا لزمته الخمسة فى أحد الوجهين).

لأن استثنى أكثر من النصف وفى الآخر يلزمه ثلاثة ويبطل الاستثاء الثانى.

51- مسألة: (ويصح الاستثناء من الاستثناء).

فإذا استثنى بعد استثناء وعطف الثانى على الأول كان مضافًا إليه فإذا قال: له علىَّ عشرة إلا ثلاثة وإلا درهمين كان مستثنيًا الخمسة مقرًا بخمسة فإن كان الثانى غير معطوف على الأول

---

(2) تقدم برقم (١٠) مغنى كتاب الإقرار.

فصل: فى الإقرار بالمجهول

وإذا قال لفلان على شىء أو كذا صح إقراره ولزمه تفسيره، وهذا لا خلاف فيه ويفارق الدعوى حيث لا تصح مجهولة لكون الدعوى له والإقرار عليه فلزمه ما عليه مع الجهالة دون ماله، ولأن المدعى إذا لم يصحح دعواه فله داع إلى تحريرها والمقر لا داعى له إلى التحرير ولا يؤمن رجوعه عن إقراره فيضيع حق المقر له فألزمناه إياه مع الجهالة، فإن امتنع من تفسيره حبس حتى يفسر، وقال القاضي: يجعل ناكلاً ويؤمر المقر له بالبيان، فإن بين شيئًا فصدقه المقر ثبت، وإن كذبه وامتنع من البيان قيل له: إن بينت وإلا جعلناك ناكلاً وقضينا عليك، وهذا قول أصحاب الشافعى، إلا أنهم قالوا: إن بيَّنت وإلا حلفنا المقر له على ما يدعيه وأوجبناه عليك، فإن فعل وإلا أحلفنا المقر له وأوجبناه على المقر، ووجه الأول أنه ممتنع من حق عليه فيحبس به كما لو عينه وامتنع من أدائه ومع ذلك متى عينه المدعى وادعاه فنكل المقر فهو على ما ذكروه وإن مات من عليه الحق أخذ ورثته بمثل ذلك، لأن الحق ثبت على موروثهم فيتعلق بتركته وقد صارت إلى الورثة فيلزمهم ما لزم موروثهم كما لو كان الحق معينًا، وإن لم يخلف الميت تركة فلا شىء على الورقة، ومتى فسر إقراره بما يتمول فى العادة قبل تفسيره وثبت ألا أن يكذبه المقر به ويدعى جنسًا آخر أو لا يدعى شيئًا فيبطل إقراره، وإن فسره بما لا يتمول عادة كقشرة جوزة أو قشرة باذنجانة لم يقبل إقراره، لأن إقراره اعتراف بحق عليه ثابت فى ذمته، وهذا لايثبت فى الذمة، وكذلك إن فسره بما ليس بمال فى الشرع كالخمر والخنزير والميتة لم يقبل، وإن فسره بكلب لا يجوز اقتناؤه فكذلك، وإن فسره بكلب

كان استثناء من الاستثناء وهو جائز فى اللغة قال الله تعالى: ﴿إِنَّا أُرْسِلْنَا إِلَىٰ قَوْمٍ مُّجْرِمِينَ ۝٥٨ إِلاَّ آلَ لُوطٍ إِنَّا لَمُنَجُّوهُمْ أَجْمَعِينَ ۝٥٩ إِلاَّ امْرَأَتَهُ قَدَّرْنَا إِنَّهَا لَمِنَ الْغَابِرِينَ﴾ (الحجر: ٥٨ - ٦٠) فإذا كان صدر الكلام إثباتًا كان الاستثناء الأول نفيًا والثانى إثباتًا فإن استثنى استثناء ثالثًا كان نفيًا يعود كل استثناء إلى ما يليه من الكلام فإذا قال: له سبعة إلا ثلاثة إلا درهمًا لزمته خمسة، لأنه أثبت سبعة ثم نفى منها ثلاثة ثم أثبت درهمًا وبقى من الثلاثة المنفية درهمان مستثنيان من السبعة فيكون مقرًا بخمسة.

52- **مسألة:** (وإن قال: له علىّ عشرة إلاَّ خمسة إلاَّ ثلاثة إلاَّ درهمين إلاَّ درهمًا لزمه عشرة).

على قول أبى بكر، لأنه منع استثناء النصف وفى الوجه الآخر يلزمه ستة، لأن الاستثناء إذا رفع الكل أو الأكثر سقط إن وقف عليه، وإن وصله باستثناء آخر استعملناه فاستعملنا الاستثناء الأول لوصله بالثانى، لأن الاستثناء مع المستثنى عبارة عما بقى فإن عشرة إلاَّ درهمًا عبارة عن تسعة، فإذا قال: له على عشرة إلاَّ خمسة إلاَّ ثلاثة صح استثناء الخمسة، لأنه

يجوز اقتناؤه أو جلد ميتة غير مدبوغ ففيه وجهان: **أحدهما**: يقبل، لأنه شى يجب رده عليه وتسليمه إليه فالإيجاب يتناوله، **والثانى**: لا يقبل، لأن الإقرار إخبار عما يجب ضمانه وهذا لا يجب ضمانه وإن فسره بحبة حنطة أو شعير ونحوها لم يقبل، لأن هذا لا يتمول عادة على انفراده وإن فسره بحد قذف قبل، لأنه حق يجب عليه ويحتمل أن لا يقبل، لأنه لا يؤول إلى مال والأول أصح، لأن ما ثبت فى الذمة صح أن يقال هو على، وإن فسره بحق شفعة قبل، لأنه حق واجب ويئول إلى المال، وإن فسره برد السلام أو تشميت العاطس ونحوه لم يقبل، لأنه يسقط بفواته فلا يثبت فى الذمة، وهذا الإقرار يدل على ثبوت الحق فى الذمة ويحتمل أن يقبل تفسيره به إذا أراد أن حقًا على رد سلامه إذا سلم وتشميته إذا عطس لما روى فى الخبر «للمسلم على المسلم ثلاثون حقًا: يرد سلامه ويشمت عطسته ويجيب دعوته»[1] وذكر الحديث وإن قال غصبته شيئًا وفسره بما ليس بمال قبل، لأن اسم الغصب يقع عليه، وإن قال غصبته نفسه لم يقبل، لأن الغصب لا يثبت عليه وهذا الفصل أكثره مذهب الشافعى، وحكى عن أبى حنيفة: أنه لا يقبل تفسير إقراره بغير المكيل والموزون لأن غيرهما لا يثبت فى الذمة بنفسه.

ولنا: أنه مملوك يدخل تحت العقد فجاز أن يفسر به الشىء فى الإقرار كالمكيل والموزون، ولأنه يثبت فى الذمة فى الجملة فصح التفسير كالمكيل ولا عبرة بسبب ثبوته فى الإقرار به والإخبار عنه.

وصلها باستثناء آخر وكذلك صح استثناء الثلاثة والدرهمين، لأنه وصل ذلك باستثناء آخر والاستثناء من الإثبات نفى ومن النفى إثبات فصح إثبات فصح استثناء الخمسة وهو نفى، فنفى خمسة وصح استثناء الثلاثة وهى إثبات فعادت ثمانية وصح استثناء الدرهمين وهى نفى فبقيت ستة، ولم يصح استثناء الدرهم، لأنه مسكوت عليه ويحتمل أن يكون وجه الستة أن يصح استثناء النصف ويبطل الزائد فيصح استثناء الخمسة والدرهم ولا يصح استثناء الثلاثة والاثنين **والوجه الثالث**: يلزمه سبعة إذا صححنا الاستثناءات كلها، فإذا قال: عشرة إلاَّ خمسة بقى خمسة فإذا قال: إلاَّ ثلاثة عادت ثمانية، لأنها إثبات، فإذا قال: إلاَّ درهمين كانت نفيًا فبقى ستة فإذا استثنى درهمًا كان مثبتًا فصارت سبعة **والوجه الرابع**: يلزمه ثمانية، لأنه يلغى الاستثناء الأول لكونه النصف، فإذا قال: إلاَّ ثلاثة كانت مثبتة وهى مستثناة من الخمسة وقد

(١) هذا الحديث لم نجده بهذا اللفظ وإنما له ألفاظ أخرى أخرج الترمذى (٥/ ٢٧٣٦) وابن ماجه (١/ ١٤٣٣) بلفظ «للمسلم على المسلم ست بالمعروف» والحديث إسناده صحيح. كما أخرج البخارى (٣/ ١٢٤٠/ فتح) ومسلم (٤/ سلام/ ١٧٠٤/ ٤) بلفظ: «حق المسلم على المسلم خمس...» كما أخرج مسلم (٤/ سلام/ ١٧٠٥/ ٥) وأحمد فى مسنده (٢/ ٣٧٢) بلفظ: «حق المسلم على المسلم ست...».

فــصل: وإن أقر بمال قبل تفسيره بقليل المال وكثيره، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: لا يقبل تفسيره بغير المال الزكوى لقول الله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ﴾ (التوبة: ١٠٣) وقوله: ﴿وَفِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ﴾ (الذاريات: ١٩) وحكى بعض أصحاب مالك عنه ثلاثة أوجه: **أحدها**: كقولنا، **والثانى**: لا يقبل إلا أول نصاب من نصب الزكاة من نوع أموالهم، **والثالث**: ما يقطع به السارق ويصح مهرًا لقول الله تعالى: ﴿أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم﴾ (النساء: ٢٤).

ولنا: أن غير ما ذكروه يقع عليه اسم المال حقيقة وعرفًا ويتمول عادة فيقبل تفسيره به كالذى وافقوا عليه، وأما آيات الزكاة فهى عامة ودخلها التخصيص، وقوله تعالى: ﴿وَفِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ﴾ لم يرد به الزكاة بدليل أنها نزلت بمكة قبل فرض الزكاة فلا حجة لهم فيها ثم يرد قولهم قوله تعالى: ﴿أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم﴾ والتزويج جائز بأى نوع كان من المال وبما دون النصاب، وإن قال: له على مال عظيم أو كثير أو جليل أو خطير جاز تفسيره بالقليل والكثير كما لو قال: ما لم يزد عليه، وهذا قول الشافعى، وحكى عن أبى حنيفة لا يقبل تفسيره بأقل من عشرة دراهم، لأنه يقطع به السارق ويكون صداقًا عنده، وعنه لا يقبل بأقل من مائتى درهم وبه قال صاحباه، لأنه الذى تجب فيه الزكاة وقال بعض أصحاب مالك كقولهم فى المال ومنهم من قال يزيد على ذلك أقل زيادة ومنهم من قال قدر الدية، وقال الليث بن سعد: اثنان وسبعون، لأن الله تعالى قال: ﴿لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللَّهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ﴾ (التوبة: ٢٥) وكانت غزواته وسراياه اثنتين وسبعين قالوا ولأن الحبة لا تسمى مالاً عظيمًا ولا كثيرًا.

ولنا: أن ما فسر به المال فسر به العظيم كالذى سلموه، ولأن العظيم والكثير لا حد له فى الشرع ولا فى اللغة ولا فى العرف ويختلف الناس فيه فمنهم من يستعظم القليل ومنهم من يستعظم الكثير ومنهم من يحتقر الكثير فلم يثبت فى ذلك حد يرجع إلى تفسيره به، ولأنه ما

بطلت فتبطل الثلاثة أيضًا لبطلان الخمسة ويبقى الاثنان، لأنهما نفى، والنفى يكون من إثبات، وقد بطل الإثبات الذى قبلها فتكون منفية من العشرة تبقى ثمانية ولا يصح استثناء الواحد من الإثنين، لأنه نصف.

فــصل: فإن قال: له على ثلاثة إلاَّ ثلاثة إلاَّ درهمين بطل الاستثناء كله، لأن الاستثناء لدرهمين من الثلاثة استثناء الأكثر وهو موقوف عليه فبطل، فإذا بطل الثانى بطل الأول، لأنه استثنى الكل، ولأصحاب الشافعى فى هذا ثلاثة أوجه: **أحدها**: يبطل الاستثناء، لأن الأول بطل لكونه استثناء الكل فبطل الثانى من الإقرار، لأنه فرعه **الثانى**: يصح ويلزمه درهم، لأن الاستثناء الأول لما بطل جعلنا الاستثناء الثانى من الإقرار، لأنه وليه لبطلان ما بينهما ويصح الثالث: ويكون مقرًا بدرهمين، لأنه استثناء لأكثر واستثناء الأكثر عندهم يصح ووافقهم القاضى فى هذا الوجه، وإن قال: ثلاثة إلاَّ ثلاثة إلاَّ درهمًا بطل الاستثناء كله، ويجىء على قول أصحاب الشافعى فيه مثل ما قلنا فى التى قبلها.

من مال إلا وهو عظيم كثير بالنسبة إلى ما دونه ويحتمل أنه أراد عظيمًا عنده لفقر نفسه ودناءتها وما ذكروه فليس فيه تحديد للكثير وكون ما ذكروه كثيرًا لا يمنع الكثرة فيما دونه وقد قال الله تعالى: ﴿اذْكُرُوا اللَّهَ ذِكْرًا كَثِيرًا﴾ (الأحزاب: ٤١) فلم ينصرف إلى ذلك وقال: ﴿كَم مِّن فِئَةٍ قَلِيلَةٍ غَلَبَتْ فِئَةً كَثِيرَةً﴾ (البقرة: ٢٤٩) لم يحمل على ذلك والحكم فيما إذا قال عظيم جدًا أو عظيم عظيم كما لو لم يقله لما قررناه.

فصل: وإن قال له على أكثر من مال فلان ففسره بأكثر منه عددًا أو قدرًا لزمه أكثر منه وتفسر الزيادة بأى شيء أراد ولو حبة أو أقل، وإن قال: ما علمت لفلان أكثر من كذا أو كذا وقامت البينة بأكثر منه لم يلزمه أكثر مما اعترف به، لأن مبلغ المال حقيقة لا يعرف فى الأكثر وقد يكون ظاهرًا وباطنًا فيملك ما لايعرفه المقر فكان المرجع إلى ما اعتقده المقر مع يمينه إذا داعى عليه أكثر منه، وإن فسره بأقل من ماله مع علمه بماله لم يقبل وقال أصحابنا يقبل تفسيره بالقليل والكثير وهو مذهب الشافعى سواء علم مال فلان أو جهله أو ذكر قدره أو لم يذكره أو قاله عقيب الشهادة بقدره أو لا، لأنه يحتمل أنه أكثر منه بقاء أو منفعة أو بركة لكونه

53- مسألة: (ولا يصح الاستثناء من غير الجنس نص عليه).

وبهذا قال زفر ومحمد بن الحسن، وقال أبو حنيفة: إن استثنى مكيلاً أو موزونًا جاز، وإن استثنى عبدًا أو ثوبًا من غير مكيل أو موزون لم يجز، وقال مالك والشافعى: يصح الاستثناء من غير الجنس مطلقًا، لأنه ورد فى الكتاب العزيز ولغة العرب، قال الله تعالى: ﴿وَإِذْ قُلْنَا لِلْمَلَائِكَةِ اسْجُدُوا لِآدَمَ فَسَجَدُوا إِلَّا إِبْلِيسَ كَانَ مِنَ الْجِنِّ﴾ (الكهف: ٥٠) وقال سبحانه: ﴿لَا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا وَلَا تَأْثِيمًا ۝ إِلَّا قِيلًا سَلَامًا سَلَامًا﴾ (الواقعة: ٢٥، ٢٦) وقال الشاعر:

* وَبَلْدَة لَيْسَ بِهَا أَنِيسُ *
* إِلاَّ الْيَعَافِيرُ وإِلاَّ الْعِيسُ(3) *

وقال آخر:

أَعَيَتْ جَوَابًا وَمَا بِالرَّبْعِ مِنْ أَحَدِ ... إِلاَّ أَوَارِىّ لأيامًا أُبَيِّنُهَا

ولنا أن الاستثناء: صرف اللفظ بحرف الاستثناء عما كان يقتضيه لولاه وقيل: إخراج بعض ما تناوله المستثنى منه مشتق من قوله ثنيت فلانًا عن رأيه إذا صرفته عن رأى كان عازمًا عليه وثنيت عنان دابتى إذا صرفتها به عن وجهتها التى كانت تذهب إليها، وغير الجنس المذكور ليس بداخل فى الكلام، فإذا ذكره فما صرف الكلام عن صوبه ولا ثناه عن وجه استرساله فلا يكون استثناء، وإنما سمى استثناء تجوزًا، وإنما هو فى الحقيقة استدراك وإلاّ ههنا بمعنى لكن، هكذا قال أهل العربية منهم: ابن قتيبة وحكاه عن سيبويه والاستدراك لا

---

(3) الرجز لجران العود. واليعافير: جمع يعفور وهو ولد البقر الوحشية. والعيس: هى الإبل تقرب إلى الصفرة، وقيل: هى الإبل البيض مع شقرة يسيرة.

من الحلال أو لأنه فى الذمة، قال القاضى: ولو قال لى عليك ألف دينار فقال لك على أكثر من ذلك لم يلزمه أكثر منها، لأن لفظة أكثر مبهمة لاحتمالها ما ذكرنا ويحتمل أنه أراد منه فلوسًا أو حب حنطة أو شعير أو دخن فرجع فى تفسيرها إليه وهذا بعيد فإن لفظة أكثر إنما نستعمل حقيقة فى هذا العدد أو فى القدر وتنصرف إلى جنس ما أضيف أكثر إليه لا يفهم فى الإطلاق غير ذلك، قال الله تعالى: ﴿كَانُوا أَكْثَرَ مِنْهُمْ﴾ (غافر: ٨٢) وأخبر عن الذى قال: ﴿أَنَا أَكْثَرُ مِنكَ مَالاً﴾ (الكهف: ٣٤) ﴿وَقَالُوا نَحْنُ أَكْثَرُ أَمْوَالاً وَأَوْلادًا﴾ (سبأ: ٣٥) والإقرار يؤخذ فيه بالظاهر دون مطلق الاحتمال ولهذا لو أقر بدراهم لزمه أقل الجمع جيادًا صحاحًا وازنة حالة ولو قال: له على دراهم لم يقبل تفسيرها بالوديعة ولو رجع إلى مطلق الاحتمال لسقط الإقرار، واحتمال ما ذكروه أبعد من هذه الاحتمالات التى لم يقبلوا تفسيره بها فلا يعول على هذا.

فصل: ولو قال: له على ألف إلا شيئًا قبل تفسيره بأكثر من خمسمائة لأن الشىء يحتمل القليل والكثير، لكن لا يجوز استثناء الأكثر فتعين حمله على ما دون النصف، وكذلك إن قال: إلا قليلاً لأنه مبهم فأشبه قوله إلا شيئًا، وإن قال: له على معظم ألف أو جل ألف أو قريب من ألف، لزمه أكثر من نصف الألف ويحلف على الزيادة إن ادعيت عليه.

فصل: وإن قال له على كذا ففيه ثلاث مسائل: **أحدها:** أن يقول كذا بغير تكرير ولا عطف، **الثانية:** أن يكرر بغير عطف، **الثالثة:** أن يعطف فيقول كذا وكذا.

فأما الأولى: فإذا قال له، كذا درهم لم يخل من أربعة أحوال: **أحدها:** أن يقول له: على

يأتى إلا بعد الجحد، ولذلك لم يأت الاستثناء فى الكتاب العزيز من غير الجنس إلاَّ بعد النفى ولا يأتى بعد الإثبات إلا أن يوجد بعد جملة إذا تقرر هذا فلا مدخل للاستدراك فى الإقرار، لأنه إثبات للمقر به، فإذا ذكر الاستدراك بعده كان باطلاً، وإن ذكر بعده جملة كأنه قال: له عندى مائة درهم إلاَّ ثوبًا لى عليه فيكون مقرّا لشىء مدعيًا لشىء سواه فيقبل إقراره وتبطل دعواه كما لو صرح بذلك بغير لفظ الاستثناء، وأما قوله تعالى: ﴿فَسَجَدُوا إِلاَّ إِبْلِيسَ﴾ فإن إبليس كان من الملائكة بدليل أن الله تعالى لم يأمر بالسجود غيرهم فلو لم يكن منهم لما كان مأمورًا بالسجود ولا عاصيًا بتركه ولا قال الله تعالى فى حقه: ﴿فَفَسَقَ عَنْ أَمْرِ رَبِّهِ﴾ (الكهف: ٥٠) ولا قال: ﴿مَا مَنَعَكَ أَلاَّ تَسْجُدَ إِذْ أَمَرْتُكَ﴾ (الأعراف: ١٢) وإذا لم يكن مأمورًا فلم أبلسه الله وأهبطه ودحره ولا يأمر الله بالسجود إلاَّ الملائكة، فإن قالوا: بل قد تناول الأمر الملائكة ومن كان معهم فدخل إبليس فى الأمر لكونه معهم قلنا: فقد سقط استدلالكم، فإنه متى كان إبليس داخلاً فى المستثنى منه مأمورًا بالسجود، فاستثناؤه من الجنس وهو ظاهر لمن أنصف إن شاء الله تعالى، فعلى هذا متى قال: له على مائة درهم إلاَّ ثوبًا لزمته المائة، لأن الاستثناء باطل على ما بينا.

كذا درهم بالرفع فيلزمه درهم، وتقديره شيء هو درهم فجعل الدرهم بدلاً من كذا، **الثاني**: أن يقول درهم بالجر فيلزمه جزء درهم يرجع في تفسيره إليه والتقدير جزء درهم أو بعض درهم، ويكون كذا كناية عنه، **الثالث**: أن يقول درهمًا بالنصب فيلزمه درهم ويكون منصوبًا على التفسير، وهو التمييز، وقال بعض النحويين: هو منصوب على القطع، كأنه قطع ما ابتدأ به وأقر بدرهم، وهذا على قول نحاة الكوفة، **الرابع**: أن يذكره بالوقف فيقبل تفسيره بجزء درهم أيضًا: لأنه لا يجوز أن يكون أسقط حركة الجر للوقف، وهذا مذهب الشافعي. وقال القاضي: يلزمه درهم في الحالات كلها وهو قول بعض أصحاب الشافعي.

ولنا: أن كذا اسم مبهم، فصح تفسيره بجزء درهم في حال الجر والوقف.

المسألة الثانية: إذا قال: كذا كذا بغير عطف فالحكم فيها كالحكم في كذا بغير تكرار سواء لا يتغير الحكم ولا يقتضي تكريره الزيادة، كأنه قال: شيء شيء، ولأنه إذا قاله بالجر احتمل أن يكون قد أضاف جزءًا إلى جزء ثم أضاف الجزء الآخر إلى الدرهم فقال: نصف تسع درهم وهكذا إن قال: كذا كذا كذا لأنه يحتمل أن يريد ثلث خمس سبع درهم ونحوه.

المسألة الثالثة: إذا عطف فقال: كذا وكذا درهم بالرفع لزمه درهم واحد، لأنه ذكر شيئين ثم أبدل منهما درهمًا فصار كأنه قال: هما درهم، وإن قال: درهمًا بالنصب ففيه ثلاثة أوجه: **أحدها**: يلزمه درهم واحد، وهو قول أبي عبد الله بن حامد والقاضي، لأن كذا يحتمل أقل من درهم، فإذا عطف عليه مثله ثم فسرها بدرهم واحد جاز وكان كلامًا صحيحًا، وهذا يحكى قولاً للشافعي، **والوجه الثاني**: يلزمه درهمان، وهو اختيار أبي الحسن التميمي، لأنه ذكر جملتين، فإذا فسر ذلك بدرهم عاد التفسير إلى كل واحدة منهما كقوله عشرون درهمًا

54- **مسألة**: (إلاَّ أن يستثني عينًا من ورق أو ورقًا من عين فيصح).

ذكره الخرقي، وقال أبو بكر: لا يصح **(فإذا قال: له علي مائة درهم إلاَّ دينارًا فهل يصح؟ على وجهين)** اختلف أصحابنا في صحة استثناء أحد النقدين من الآخر، فذهب أبو بكر إلى أنه: لا يصح لما ذكرنا، وهو قول محمد بن الحسن وقال ابن أبي موسى: فيه روايتان، واختار الخرقي صحته، لأن قدر أحدهما معلوم من الآخر ويعبر بأحدهما عن الآخر فإن قومًا يسمون تسعة دراهم دينارًا وآخرون يسمون ثمانية دينارًا فإذا استثنى أحدهما من الآخر على أنه أراد التعبير بأحدهما عن الآخر، فإذا قال: له علي دينار إلا ثلاثة دراهم في موضع يعبر فيه بالدينار عن تسعة كان معناه له علي تسعة دراهم إلاَّ ثلاثة ومتى أمكن حمل الكلام على وجه صحيح لم يجز إلغاؤه وقد أمكن بهذا الطريق فوجب تصحيحه، وقال أبو الخطاب: لا فرق بين العين والورق وبين غيرهما فيلزم من صحة استثناء أحدهما من الآخر صحة استثناء الثياب وغيرها وقد ذكرنا الفرق ويمكن الجمع بين الروايتين بحمل رواية الصحة على ما إذا كان أحدهما يعبر به عن الآخر أو يعلم قدره منه ورواية البطلان على ما إذا انتفى ذلك والله أعلم.

يعود التفسير إلى العشرين وكذا ها هنا، وهذا يحكى قولاً ثانيًا للشافعى، **والوجه الثالث**: يلزمه أكثر من درهم، ولعله ذهب إلى أن الدرهم تفسير للجملة التى تليه فيلزمه بها درهم، والأولى باقية على إبهامها فيرجع فى تفسيرها إليه، وهذا يشبه مذهب التميمى، وقال محمد ابن الحسن إذا قال كذا درهمًا لزمه عشرون درهمًا، لأنه أقل عدد يفسر بالواحد المنصوب، وإن قال: كذا كذا درهمًا لزمه أحد عشر درهمًا، لأنه أقل عدد مركب يفسر بالواحد المنصوب، وإن قال كذا وكذا درهمًا لزمه أحد وعشرون درهمًا، لأنه أقل عدد عطف بعضه على بعض يفسر بذلك، وإن قال: كذا درهم بالجر لزمه مائة درهم، لأنه أقل عدد يضاف إلى الواحد، وحكى عن أبى يوسف إنه إذا قال: كذا كذا أو كذا وكذا يلزمه بهما أحد عشر درهمًا.

ولنا: أنه يحتمل ما قلنا ويحتمل ما قالوه فوجب المصير إلى ما قلنا لأنه اليقين وما زاد مشكوك فيه فلا يجب بالشك كما لو قال له على دراهم لم يلزمه إلا أقل الجمع ولا يلزم كثرة الاستعمال، فإن اللفظ إذا كان حقيقة فى الأمرين جاز التفسير بكل واحد مهما، وعلى ما ذكره محمد يكون اللفظ المفرد موجبًا لأكثر من المكرر، فإنه يجب بالمفرد عشرون، وبالمركب أحد عشر، ولا نعرف لفظًا مفردًا ممتناولاً لعدد صحيح يلزم به أكثر مما يلزم بمكرره.

فصل: ولو قال غصبتك أو غبنتك لم يلزمه شىء، لأنه قد يغصبه نفسه ويغبنه فى غير المال، وإن قال غصبتك شيئًا وفسره بغصب نفسه لم يقبل، لأنه جعل له مفعولين، فجعله المفعول الأول وشيئًا المفعول الثانى ويجب أن يكون الثانى غير الأول، وإن فسره بمال قبل وإن قل وإن فسره بكلب أو جلد ميتة أو سرجين(٢) ينتفع به قبل: لأنه قد يقهره فيأخذه منه، وإن فسره بما لا تقع فيه أو بما لا يباح الانتفاع به لم يقبل، لأن أخذ ذلك ليس بغصب.

فصل: ولو ذكر نوعًا من جنس واستثنى نوعًا آخر من غير ذلك الجنس مثل أن يقول: له علىّ عشرة آصع تمرًا برنيًا إلاّ ثلاثة تمرًا معقيًا لم يجز لما ذكرنا فى الفصل الأول ويخالف العين والورق، لأن قيمة أحد النوعين غير معلومة من الآخر ولا يعبر بأحدهما عن الآخر ويحتمل على قول الخرقى جوازه لتقارب المقاصد من النوعين فهما كالعين والورق والأول أصح، لأن العلة الصحيحة فى العين والورق غير ذلك.

فصل: قال الشيخ ﷺ: **(إذا قال: له علىّ ألف درهم ثم سكت سكوتًا يمكنه الكلام فيه ثم قال: زيوفًا أو صغارًا أو إلى شهر لزمه ألف جياد وافية حالة)**.

وجملة ذلك أن من أقر بدراهم وأطلق اقتضى إقراره الدراهم الوافية وهى دراهم الإسلام كل عشرة منها سبعة مثاقيل واقتضى أن تكون جيادًا حالة كما لو باعه بعشرة دراهم وأطلق

---

(٢) سرجين: هو الزيل. ويقول ابن منظور فى اللسان (١٣/ ٢٠٨) هو ما تدمل به الأرض وقد سرجنها وقال الجوهرى السرجين، بالكسر، معرّب، لأنه ليس فى الكلام تعليل، بالفتح، ويقال سرفين.

فـصل: وتقبل الشهادة على الإقرار بالمجهول، لأن الإقـرار به صحيح وما كان صحيحًا فى نفسه صحت الشهادة به كالمعلوم.

٨٥٥- مـسـألة: قـال: **(ولو قال له عندى رهن فـقال المالك وديعة كـان القول قول المالك).**

إنما قـدم قول المـالك، لأن العين ثبـتت له بالإقرار وادعى المـقر دينًا لا يعـترف له به والقول قول المنكر، ولأنه أقر بمال لغيره وادعى أن له بـه تعليقًا فلم يقبل كما لو ادعاه بكلام منفصل، وكذلك لو أقر له بدار وقال استأجـرتها أو بثوب وادعى أنه قصره أو خاطه بأجر يلزم المقر له لم يقبل، لأنه مـدع على غيره حقًا فلا يقبل قـوله إلا ببينة وكذلك لو قال هذه الدار له، ولى سكناها سنة.

فـصل: وإن قال لك على ألف من ثمن مبيع لم أقبضـه فقال المدعى عليه بل لى عليك ألف ولا شىء لك عندى فقال أبو الخطاب: فيه وجهان: **أحدهما:** القول قول المقر له، لأنه اعترف له بالألف وادعى عليه مـبيعًا فأشبه ما إذا قال هذا رهن فـقال المالك وديعة أو له على ألف ولى عنده مبيع لم أقبضه، **والثـانى:** القول قول المقر، قال القاضى: هو قياس المذهب وهو قـول الشافـعى وأبى يوسف، لأنه أقـر بحق فى مـقابلة حق له ولا يـنفك أحدهمـا عن الآخر، فإذا لم يسلم ماله لم يسلم للمقر له ما عليه كما لو قال لرجل بعتك هذا العبد بألف، قال بل ملكتنيه بغير شىء، وفارق ما لو قال له عندى رهن فقال المالك بل وديعة، لأن الدين ينفك عن الرهن، ولو قال السيد لعبده: بعتك نفسك بألف فأنكر العبد عتق ولا شىء للمقر، لأن العتق ينفك عن الثمن، ولا فرق بين أن يقول لم أقبضـه منفصلاً أو متصلاً، فلو قال: له

فإنها تلزمـه كذلك فإذا سكت سكوتًا يمكنه الكلام فيه أو أخـذ فى كلام آخر غير ما كـان فيه استقرت عليه كذلك، فإن عاد فقال: زيوفًا أو صغاراً وهى الدراهم الناقصة وهى دراهم طبرية كان كل درهم منها أربعة دوانيق وذلك ثلثا درهم، أو إلى شهر يعنى مؤجلة لم يقبل منه، لأنه رجوع عن بعض ما أقـر به ويرفعه بكلام منفصل فلـم يقبل كالاستثناء المنـفصل وهذا مذهب الشافـعى، ولا فرق بين الإقرار بها دينًا أو وديعـة أو غصبـًا، وقال أبو حنيفة: يقـبل قوله فى الغصب والوديعة، لأنه إقرار بفعل فى عين وذلك لا يقتضى سلامـتها فأشبه ما لو أقر بغضب عبد ثم جاء به معيبًا.

ولنا أن إطلاق الاسم يقتـضى الوازنة والجياد فلم يقبل تفـسيره بما يخـالف ذلك كالدين ويفارق العبد فإن العيب لا يمنع إطلاق اسم العبد عليه.

55- مـسـألة: (إلاَّ أن يكون فى بلد أوزانهم ناقصـة أو مغشوشة فـهل يلزمه من دراهم البلد أو من غيرها؟ على وجهين) **أولهما:** أنه يلزمه من دراهم البلد، لأن مطلق كلامهم يحمل على عرف بلدهم كما فى البـيع والصداق وغير ذلك، **والثـانى:** يلزمه الوازنة الخـالصة من

على ألف من ثمن مبيع ثم سكت ثم قال لم أقبضه فيقبل قوله كما لو كان متصلاً، لأن إقراره تعلق بالمبيع والأصل عدم القبض فقبل قوله فيه، فأما إن قال: على ألف، ثم سكت ثم قال: من ثمن مبيع لم يقبل، لأنه فسر إقراره بما يسقط وجوب تسليمه بكلام منفصل فلم يقبل كما لم يقبل لو قال: له على ألف ثم سكت ثم قال: مؤجل.

فصل: وإذا قال بعتك جاريتى هذه: قال: بل زوجتنيها فلا يخلو إما أن يكون اختلافهما قبل نقد الثمن أو بعده وقبل الاستيلاد أو بعده، فإن كان بعد اعتراف البائع يقبض الثمن فهو مقر بها لمدعى الزوجية، لأنه يدعى عليه شيئًا والزوج ينكر أنها ملكه ويدعى حلها له بالزوجية فيثبت الحل لاتفاقهما عليه ولا ترد إلى البائع لاتفاقهما على أنه لا يستحق أخذها، وإن كان قبل قبض الثمن وبعد الاستيلاد فالبائع يقر أنها صارت أم ولد وولدها حر وأنه لا مهر له ويدعى الثمن والمشترى ينكر ذلك كله فيحكم بحرية الولد لإقرار من ينسب إليه ملكه بحريته ولا ولاء عليه لاعترافه بأنه حر الأصل ولا ترد الأمة إلى البائع لإقراره بأنها أم ولد ولا يجوز نقل الملك فيها ويحلف المشترى أنه ما اشتراها ويسقط عنه ثمنها إلا قدر المهر فإنه يجب لاتفاقهما على وجوبه، وإن اختلفا فى سببه، وهذا قول بعض أصحاب الشافعى، وقال بعضهم يتحالفان ولا يجب مهر ولا ثمن وهو قول القاضى، إلا أنه لا يجعل على البائع يمينًا، لأنه لا يرى اليمين فى إنكار النكاح، ونفقة الولد على أبيه، لأنه حر ونفقة الأمة على زوجها لأنه إما زوج وإما سيد وكلاهما سبب لوجوب النفقة، وقال القاضى: نفقتها فى كسبها فإن كان فيه فضل فهى موقوفة، لأننا أزلنا عنها ملك السيد وأثبتنا لها حكم الاستيلاد، فإن ماتت وتركت مالاً فللبائع قدر ثمنها، لأنه إما أن يكون صادقًا فهو يستحق على المشترى ثمنها وتركتها للمشترى والمشترى مقر للبائع بها فيأخذ منها قدر ما يدعيه، وإن كان كاذبًا فهى ملكه

الغش، لأن إطلاق الدراهم فى الشرع ينصرف إليها بدليل أن بها تقدر نصب الزكوات ومقادير الديات فكذلك إطلاق الشخص، وفارق البيع فإنه إيجاب فى الحال فاختص بدراهم الموضع الذى هما فيه والإقرار إخبار عن حق سابق فانصرف إلى درهم الإسلام.

فصل: فإن أقر بدراهم وأطلق ثم فسرها بسكة البلد الذى أقر بها فيه قبل، لأن إطلاقه ينصرف إليه، وإن فسر بسكة غير سكة البلد أجود منها قبل، لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ وكذلك إن كانت مثلها، لأنه لا يتهم فى ذلك، وإن كانت أدنى من سكة البلد لكنها مساوية فى الوزن احتمل أن لا يقبل، لأن إطلاقها يقتضى دراهم البلد ونقده فلا يقبل منه دونها كما لا يقبل فى البيع، ولأنها ناقصة القيمة أشبهت الناقصة فى الوزن ويحتمل أن يقبل منه، وهو قول الشافعى، لأنه يحتمل ما فسره به وفارق النقصة فى الشرع الدراهم لا تتناولها بخلاف هذه ولهذا يتعلق بهذه مقدار النصاب في الزكاة وغيره وفارق الثمن فإنه إيجاب فى الحال وهذا إخبار عن حق سابق.

وتركتها كلها له فيأخذ منها قدر ما يدعيه وبقيته موقوفة، وإن ماتت بعد الوطء فقد ماتت حرة فميراثها لولدها وورثتها فإن لم يكن لها وارث فميراثها موقوف لأن أحداً لا يدعيه، وليس للسيد إن يأخذ منه قدر الثمن، لأنه يدعى الثمن على الواطىء وليس ميراثها له، لأنه قد مات قبلها، وإن كان اختلافهما قبل الاستيلاد فعندى أنها تقر فى يد الزوج لاتفاقهما على حلها له واستحقاقه إمساكها وإنما اختلفا فى السبب ولا ترد إلى السيد لاتفاقهما على تحريمها عليه وللبائع أقل الأمرين من الثمن أو المهر لاتفاقهما عل استحقاقه لذلك، والأمر فى الباطن على ذلك، فإن السيد إن كان صادقًا فالأمة حلال لزوجها بالبيع، وإن كان كاذبًا فهى حلال له بالزوجية والقدر الذى أنفقا عليه إن كان السيد صادقًا فهو يستحقه ثمنًا وإن كان كاذبًا فهو يستحقه مهرًا، وقال القاضى: يحلف الزوج أنه ما اشتراها، لأنه منكر ويسقط عنه الثمن ولا يحتاج السيد إلى اليمين على نفى الزوجية لأنه لا يستحلف فيه، وعند الشافعى يتحالفان معًا ويسقط الثمن عن الزوج، لأن عقد البيع ما ثبت ولا يجب المهر، لأن السيد لا يدعيه وترد الجارية إلى سيدها، وفى كيفية رجوعها وجهان: **أحدهما**: ترجع إليه فيملكها ظاهرًا وباطنًا كما يرجع البائع فى السلعة عند فلس المشترى، بالثمن لأن الثمن ههنا قد تعذر فيحتاج السيد أن يقول فسخت البيع وتعود إليه ملكًا، **والثانى**: ترجع إليه فى الظاهر دون الباطن، لأن المشترى امتنع من أداء الثمن مع إمكانه، فعلى هذا يبيعها الحاكم ويوفيه ثمنها، فإن كان وفق حقه فحسن وإن كان دونه أخذه، وإن زاد فالزيادة لا يدعيها أحد لأن المشترى يقر بها للبائع، والبائع لا يدعى أكثر من الثمن الأول فهل تقر فى يد المشترى أو ترجع إلى بيت المال؟ يحتمل وجهين، فإن رجع البائع وقال صدق خصمى ما بعته إياها بل زوجته لم يقبل فى إسقاط حرية الولد ولا فى استرجاعها إن صارت أم ولد وقبل فى إسقاط الثمن واستحقاق المهر وأخذ زيادة الثمن واستحقاق ميراثها وميراث ولدها وإن رجع الزوج ثبتت الحرية ووجب عليه الثمن.

56- مسألة: (وإن قال: له علىَّ ألف إلى شهر لزمه مؤجلاً ويحتمل أن يلزمه حالاً) إذا أقر بها مؤجلة بكلام متصل قبل منه وكذلك إن سكت للتنفس أو اعترضه سلعة ونحو ذلك ويحتمل أن تلزمه حالة ذكرها أبو الخطاب، وهو قول أبى حنيفة وبعض الشافعية، لأن التأجيل يمنع استيفاء الحق فى الحال فلم يقبل كما لو قال له علىَّ دراهم قبضته إياها.

57- مسألة: (وإن قال له علىَّ ألف زيوف وفسره بما لا فضة فيه لم يقبل وإن فسره بمغشوشة قبل).

وكذلك إن فسرها بمعيبة عيبًا ينقصها قبل، لأنه صادق، وإن فسرها برصاص أو نحاس أو ما لا قيمة له لم يقبل، لأن تلك ليست دراهم على الحقيقة فيكون تفسيره بها رجوعًا عما أقر به فلم يقبل كاستثناء الكل.

فصل: ولو أقر رجل بحرية عبد ثم اشتراه أو شهد رجلان بحرية عبد لغيرهما فردت شهادتهما ثم اشتراه أحدهما من سيده عتق فى الحال لاعترافه بأم الذى اشتراه حر ويكون البيع صحيحًا بالنسبة إلى البائع لأنه محكوم له برقه وفى حق المشترى استنفاذًا واستخلاصًا فإذا صار فى يده حكم بحريته لإقراره السابق ويصير كدا لو شهد رجلان على رجل أنه طلق امرأته ثلاثًا فرد الحاكم شهادتهما فدفعا إلى الزوج عوضًا ليخلعا صح وكان فى حقه خلعًا صحيحًا وفى حقهما استخلاصًا ويكون ولاؤه موقوفًا لأن أحدًا لا يدعيه فإن البائع يقول ما أعتقته والمشترى يقول ما أعتقته إلا البائع وأنا استخلصته، فإن مات وخلف مالاً فرجع أحدهما عن قوله فالمال له لأن أحدًا لا يدعيه سواه، لأن الراجع إن كان البائع فقال صدق المشترى، كنت أعتقته فالولاء له ويلزمه رد الثمن إلى المشترى لإقراره ببطلان البيع وإن كان الراجع المشترى قبل فى المال لأن أحدًا لا يدعيه سواه ولا يقبل قوله فى نفى الحرية لأنه حق لغيره وإن رجعا معًا فيحتمل أن يوقف حتى يصطلحا عليه لأنه أحدهما ولا يعرف عينه ويحتمل أن من هو فى يده يحلف ويأخذه لأنه منكر وإن لم يرجع واحد منهما ففيه وجهان: **أحدهما:** يقر فى يد من هو فى يده فإن لم يكن فى يد أحدهما فهو لبيت المال لأن أحدًا لا يدعيه ويحتمل أن يكون لبيت المال على كل حال لذلك.

فصل: ولو أقر لرجل بعبد أو غيره ثم جاء به وقال: هذا الذى أقررت لك به، قال بل

58- **مسألة: (وإن قال: له عليّ دراهم ناقصة لزمته ناقصة)** وقال أصحاب الشافعى: لا يقبل تفسيره بالناقصة، وقال القاضى إذا قال: له عليّ دراهم ناقصة قبل قوله، وإن قال: صغار وللناس دراهم صغار قبل قوله، وإن لم يكن لهم دراهم صغار لزمه وازنة كما لو قال: دُرَيْهم فإنه يلزمه درهم وازن، وهذا قول ابن القاص من أصحاب الشافعى.

ولنا: أنه فسر كلامه بما يحتمله بكلام متصل فقبل منه كاستثناء البعض وذلك، لأن الدراهم يعبر بها عن الوازنة والناقصة والزيوف والجيدة وكونها عليه يحتمل الحلول والتأجيل فإذا وصفها بذلك تقيدت به كما لو وصف الثمن به فقال: بعتك بعشرة دراهم مؤجلة أو ناقصة وثبوتها على غير هذه الصفة حالة الإطلاق لا يمنع من صحة تقييدها به كالثمن وقولهم إن التأجيل يمنع استيفاءها لا يصح وإنما يؤخره فأشبه الثمن المؤجل، يحققه أن الدراهم ثبتت فى الذمة على هذه الصفات فإذا كانت ثابته بهذه الصفة لم تقتض الشريعة المطهرة سد باب الإقرار بها على صفتها وعلى ما ذكروه لا سبيل إلى الإقرار بها إلاَّ على وجه يؤاخذ بغير ما هو الواجب عليه فينسد باب الإقرار وقول من قال: إن قوله صغار ينصرف إلى مقداره لا يصح، لأن مساحة الدرهم لا تعتبر فى الشرع ولا تثبت فى الذمة بمساحة مقدرة وإنما يعتبر الصغر والكبر فى الوزن فيرجع إلى تفسير المقر.

فصل: وإن قال: له على درهم كبير لزمه درهم من دراهم الإسلام، لأنه كبير فى العرف

هو غيره، لم يلزمه تسليمه إلى المقر له، لأنه لا يدعيه، ويحلف المقر أنه ليس له عنده عبد سواه، فإن رجع المقر له فادعاه لزمه دفعه إليه، لأنه لا منازع له فيه، وإن قال المقر له: صدقت هذا لى والذى أقررت به آخر لى عندك لزمه تسليم هذا، ويحلف على نفى الآخر.

٨٥٦- **مسألة:** قال: **(ولو مات فخلف ولدين فأقر أحدهما بأخ أو أخت لزمه أن يعطى الفضل الذى فى يده لمن أقر له به).**

وجملة ذلك أن أحد الوارثين إذا أقر بوارث ثالث مشارك لهما فى الميراث لم يثبت النسب بالإجماع لأن النسب لا يتبعض فلا يمكن إثباته فى حق المقر دون المنكر ولا يمكن إثباته فى حقهما لأن أحدهما منكر ولم توجد شهادة يثبت بها النسب ولكنه يشارك المقر فى الميراث فى قول أكثر أهل العلم، وقال الشافعى: لا يشاركه وحكى ذلك عن ابن سيرين وقال إبراهيم: ليس بشىء حتى يقروا جميعًا لأنه لم يثبت نسبه فلا يرث كما لو أقر بنسب معروف النسب.

ولنا: أنه أقر بسبب مال لم يحكم ببطلانه فلزمه المال كما لو أقر ببيع أو أقر بدين فأنكر الآخر، وفارق ما إذا أقر بنسب معروف النسب فإنه محكوم ببطلانه ولأنه يقر له بمال يدعيه المقر له ويجوز أن يكون له فوجب الحكم له به كما لو أقر بدين على أبيه أو أقر له وصية فأنكر سائر الورثة، إذا ثبت هذا فإن الواجب له فضل ما فى يد المقر عن ميراثه وبهذا قال ابن أبى ليلى ومالك والثورى والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم وإسحاق وأبو عبيد وأبو

وإن قال: له علىَّ دُرَيهم فهو كما لو قال درهم، لأن الصغير قد يكون لصغره فى ذاته أو لقلة قدره عنده وتحقيره وقد يكون لمحبته، كما قال الشاعر:

بِـذَيَّالِـكَ الوادى أهِـيـمُ ولم أَقُـلْ ... بِـذَيَّالِـكَ الوادى وَذَيَّـاك من زُهْـدِ
ولكنْ إذا مـــا حُبَّ شَىءٌ تَـوَلَّعتُ ... به أَحْرُفُ التَّصْغيرِ منْ شِدَّة الوَجْدِ

وإن قال: له على عشرة دراهم عددًا لزمته عشرة معدودة وازنة، لأن إطلاق الدرهم يقتضى الوازن وذكر العدد لا ينافيها فوجب الجمع بينهما، فإن كان فى بلد أوزانهم ناقصة أو دراهمهم مغشوشة فهو على ما فصل فيه.

59- **مسألة: (وإن قال: له عندى رهن، وقال المالك: بل وديعة فالقول قول المالك)** لأن العين ثبتت بالإقرار له وإن ادعى المقر دينًا لا يعترف به المقر له فالقول قول المنكر، ولأنه أقر بمال لغيره وادعى أن له به تعلقًا فلم يقبل كما لو ادعاه بكلام منفصل ولذلك لو أقر له بدار، وقال: استأجرتها أو أقر له بثبوت وادعى أنه قصره أوخاطه بأجر يلزم المقر له لم يقبل، لأنه مدع على غيره حقًا فلا يقبل قوله إلا ببينة ومن ذكر ما لو قال: هذه الدار له ولى سكناها ببينة.

60- **مسألة: (وإن قال: له على ألف من ثمن مبيع لم أقبضه وقال المقر: له بل هو دين**

ثور، وقال أبو حنيفة: إذا كان اثنان فأقر أحدهما بأخ لزمه دفع نصف ما في يده وإن أقر بأخت لزمه ثلث ما في يده لأنه[٣] أخذ مالاً يستحقه من التركة فصار كالغاصب فيكون الباقي بينهما كما لو غصب بعض التركة أجنبي ولأن الميراث يتعلق ببعض التركة كما يتعلق بجميعها فإذا هلك بعضها أو غصب تعلق الحق بباقيها والذي في يد المنكر كالمغصوب فيقتسمان الباقي بالسوية كما لو غصبه أجنبي.

ولنا: أن التركة بينهم أثلاثًا فلا يستحق مما في يده إلا الثلث، كما لو ثبت نسبه ببينة، ولأنه إقرار بحق يتعلق بحصته وحصة أخيه فلا يلزمه أكثر مما يخصه، كالإقرار بالوصية وكإقرار أحد الشريكين، على مال الشركة بدين ولأنه لو شهد معه بالنسب أجنبي ثبت، ولو لزمه أكثر من حصته لم تقبل شهادته لكونه يجربها نفعًا لكونه يسقط عن نفسه بعض ما يستحقه عليه ولأنه حق لو ثبت ببينة لم يلزمه إلا قدر حصته، فإذا ثبت بالإقرار لم يلزمه أكثر من ذلك كالوصية، وفارق ما إذا غصب بعض التركة وهما اثنان لأن كل واحد منهما يستحق النصف من كل جزء من التركة، وههنا يستحق الثلث من كل جزء من التركة ولأصحاب الشافعي فيما إذا كان المقر صادقًا فيما بينه وبين الله تعالى هل يلزمه أن يدفع إلى المقر له نصيبه؟ على وجهين: **أحدهما:** يلزمه وهو الأصح، وهل يلزمه أن يدفع إليه نصف ما في يده أو ثلثه؟ على وجهين.

فصل: وإن أقر جميع الورثة بنسب من يشاركهم في الميراث ثبت نسبه، سواء كان

في ذمتك فعلى وجهين) أحدهما: القول قول المقر، لأنه اعترف له بالألف وادعى عليه مبيعًا فأشبه المسألة التي قبلها أو كما لو قال: له علي ألف ثم سكت ثم قال: مؤجل.

61- مسألة: (ولو: قال له عندي ألف وفسره بدين أو وديعة قبل منه).

لا نعلم فيه بين أهل العلم اختلافًا سواء فسره بكلام متصل أو منفصل، لأنه فسر لفظه بما يقتضيه فقبل كما لو قال: له علي دراهم وفسرها بدين عليه فعند ذلك تثبت فيه أحكام الوديعة بحيث لو ادعى تلفها بعد ذلك أو ردها قبل قوله وإن فسره بدين عليه قبل أيضًا، لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ، وإن قال: له عندي وديعة رددتها إليه أو تلفت لزمه ضمانها ولم يقبل قوله، وبهذا قال الشافعي لما فيه من مناقضة الإقرار والرجوع عما أقر به، فإن الألف المردود والتالف ليسا عنده أصلاً ولا هي وديعة وكل كلام يناقض الإقرار ويحيله يجب أن يكون مردودًا، وقال القاضي: يقبل قوله إلا أن أحمد قال في رواية ابن منصور: إذا قال: لك عندي وديعة دفعتها إليك صدق، لأنه ادعى تلف الوديعة أو ردها فقبل كما لو ادعى ذلك بكلام منفصل، فإن قال: كانت عندي وظننت أنها باقية ثم عرفت أنها كانت قد هلكت فالحاكم فيها كالتي قبلها.

---

(٣) في المطبوعة: «لأن المنكر».

الورثة واحداً أو جماعة ذكراً أو أنثى وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف وحكاه عن أبي حنيفة لأن الوارث يقوم مقام الميت في ميراثه وديونه والديون التي عليه وبيناته ودعاويه والأيمان التي له عليه وكذلك في النسب وقد روت عائشة أن سعد بن أبي وقاص اختصم هو وعبد بن زمعة في ابن أمة زمعة فقال سعد: أوصاني أخي عتبة إذا قدمت مكة أن أنظر إلى ابن أمة زمعة وأقبضه فإنه ابنه، فقال عبد بن زمعة هو أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه، فقال رسول الله ﷺ: «هو لك يا عبد بن زمعة وللعاهر الحجر» فقضى به لعبد بن زمعة وقال: «احتجبي منه يا سودة» (٤) والمشهور عن أبي حنيفة أنه لا يثبت إلا بإقرار رجلين أو رجل وامرأتين، وقال مالك: لا يثبت إلا بإقرار اثنين، لأنه يحمل النسب على غيره فاعتبر فيه العدد كالشهادة.

ولنا: أنه حق يثبت بالإقرار فلم يعتبر فيه العدد كالدين ولأنه قول لا تعتبر فيه العدالة فلم يعتبر العدد فيه كإقرار الموروث واعتباره بالشهادة لا يصح: لأنه لا يعتبر فيه اللفظ ولا العدالة ويبطل بالإقرار بالدين.

62- مسألة: (وإن قال: له على ألف وفسره بوديعة لم يقبل قوله، وإن ادعى بعد هذا تلفه لم يقبل قوله).

وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقيل عن الشافعي يقبل قوله: إنها وديعة وإذا ادعى بعد هذا تلفها قبل منه، وقال القاضي ما يدل على هذا أيضاً، لأن الوديعة عليه حفظها وردها، فإذا قال: له على ألف وفسرها بذلك احتمل صدقه فقبل منه كما لو وصله بكلام، فقال: له على ألف وديعة، لأن حروف الصفات يخلف بعضها بعضاً فيجوز أن تستعمل على بمعنى عندى كما قال تعالى إخباراً عن موسى عليه السلام ﴿وَلَهُمْ عَلَيَّ ذَنْبٌ﴾ (الشعراء: ١٤) أي: عندى.

ولنا أن عليَّ للإيجاب وذلك يقتضى كونها في ذمته ولذلك لو قال: ما على فلان على كان ضامناً له والوديعة ليست في ذمته ولا هي عليه إنما هي عنده وما ذكروه مجاز طريقه حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه أو إقامة حرف مقام حرف والإقرار يؤخذ فيه بظاهر اللفظ بدليل أنه لو قال: له على دراهم لزمته ثلاثة وإن جاز التعبير عن اثنين وعن واحد بلفظ الجمع كقوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ﴾ (النساء: ١١) ومواضع كثيرة في القرآن ولو قال: له على درهم، وقال: أردت نصف درهم فأقمت المضاف إليه مقامه لم يقبل منه، ولو قال: لك من مالى ألف قال: صدقت ثم قال: أردت أن عليك من مالى ألفاً أقمت اللام مقام على كقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا﴾ (الإسراء: ٧) لم يقبل منه ولو قبل في الإقرار مطلق

---

(٤) أخرجه البخاري (٤/ ح ٢٠٥٣/ فتح) ومسلم (٢/ رضاع/ ١٠٨٠/ ٣٦) وأبو داود (٢/ ٢٢٧٣) والترمذي (٣/ ١١٥٧) وابن ماجه (١/ ٢٠٠٤) والنسائي (٦/ ٣٤٨٤) والدارمي (٢/ ٢٢٣٧) ومالك في الموطأ (٢/ ٧٣٩/ ٢٠) وأحمد في مسنده (٦/ ٣٧، ١٢٩، ٢٠٠، ٢٢٦، ٢٣٧).

فصل: في شروط الإقرار بالنسب

لا يخلو إما أن يقر على نفسه خاصة، أو عليه وعلى غيره، فإن أقر على نفسه مثل أن يقر بولد اعتبر في ثبوت نسبه أربعة شروط: **أحدها**: أن يكون المقر به مجهول النسب، فإن كان معروف النسب لم يصح، لأنه يقطع نسبه الثابت من غيره، وقد لعن النبى ﷺ من انتسب إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه[1]، **الثاني**: أن لا ينازعه فيه منازع لأنه إذا نازعه فيه غيره تعارضا فلم يكن إلحاقه بأحدهما أولى من الآخر، **الثالث**: أن يمكن صدقه بأن يكون المقر به يحتمل أن يولد لمثله، **الرابع**: أن يكون ممن لا قول له كالصغير والمجنون أو يصدق المقر إن

الاحتمال لسقط ولقبل تفسير الدراهم بالناقصة والزائفة والمؤجلة، وأما إذا قال: لك على ألف ثم قال: كانت وديعة فتلف لم يقبل قوله فإنه متناقض، وقد سبق نحو هذا.

فصل: فإن قال: لك على مائة درهم ثم أحضرها، وقال: هذه التى أقررت بها وهى وديعة كانت لك عندى فقال المقر له: هذه وديعة والتى أقررت بها غيرها وهى دين عليك فالقول قول المقر له على مقتضى قول الخرقى، وهو قول أبى حنيفة، وقال القاضى: القول قول المقر مع يمينه وللشافعى قولان كالوجهين وتعليلهما ما تقدم، فإن كان قال فى إقراره: لك على مائة فى ذمتى فقد وافق القاضى ههنا فى أنه لا يقبل قول المقر، لأن الوديعة عين لا تكون فى الذمة قال: وقد قيل: يقبل، لأنه يحتمل فى ذمتى أداؤها، ولأنه يجوز أن تكون عنده وديعة تعدى فيها فكان ضمانها عليه فى ذمته ولأصحاب الشافعى فى هذه وجهان فأما إن وصل ذلك بكلامه فقال: لك على مائة وديعة قبل، لأنه فسر كلامه بما يحتمله فصح كما لو قال: له دراهم ناقصة وإن قال: له على مائة وديعة دينًا أو مضاربة دينًا صح ولزمه ضمانها، لأنه قد يتعدى فيها فيكون دينًا، وإن قال: أردت أنه شرط على ضمانها لم يلزمه ضمانها، لأن الوديعة لا تصير بالشرط مضمونة، وإن قال: على أو عندى مائة درهم عارية لزمته وكانت مضمونة عليه سواء حكمنا بصحة العارية فى الدراهم أو بفسادها، لأن ما ضمن فى العقد الصحيح ضمن فى الفاسد، وإن قال: أودعنى مائة فلم أقبضها أو أقرضنى مائة فلم آخذها قبل قوله متصلاً ولم يقبل منفصلاً وهكذا إذا قال: نقدنى مائة فلم أقبضها، وهذا قول الشافعى.

فصل: وإن قال: له فى هذا العبد ألف أو له من هذا العبد ألف طولب بالبيان، فإن قال:

---

(١) أخرجه البخارى (٤/ ح ١٨٧٠/ فتح) من حديث على رضي الله عنه الطويل وفيه لفظ «ومن تولى قومًا بغير إذن مواليه فعليه لعنة الله والناس أجمعين...» الحديث. ومسلم (٢/ عتق/ ١١٤٧/ ٢٠) وأبو داود (٤/ ح ٥١١٥) من حديث أنس بلفظ: «من ادعى إلى غير أبيه أو انتمى إلى غير مواليه فعليه لعنة الله المتتابعة إلى يوم القيامة». والترمذى (٤/ ح ٢١٢٧) وابن ماجه (٢/ ٢١٧٢) من حديث إبراهيم التيمى عن أبيه، وأحمد فى مسنده (١/ ٣٢٨) من حديث ابن عباس.

كان ذا قول وهو المكلف، فإن كان غير مكلف لم يعتبر تصديقه فإن كبر وعقل فأنكر لم يسمع إنكاره، لأن نسبه ثابت وجرى ذلك مجرى من ادعى ملك عبد صغير فى يده وثبت بذلك ملكه، فلما كبر حجد ذلك ولو طلب إحلافه على ذلك لم يستحلف لأن الأب لو عاد فجحد النسب لم يقبل منه، وإن اعترف إنسان بأن هذا أبوه فهو كاعترافه بأنه ابنه، فأما إن كان إقرارًا عليه وعلى غيره كإقرار بأخ اعتبر فيه الشروط الأربعة وشرط خامس وهو كون المقر جميع الورثة فإن كان المقر زوجًا أو زوجة لا وارث معهما لم يثبت النسب بإقرارهما لأن المقر لا يرث المال كله، وإن اعترف به الإمام معه ثبت النسب لأنه قائم مقام المسلمين فى مشاركة الوارث وأخذ الباقى، وإن كان الوارث بنتًا أو أختًا أو أمًا أو ذا فرض يرث جميع المال بالفرض، والرد ثبت النسب بقوله كالابن لأنه يرث المال كله وعند الشافعى لا يثبت بقوله النسب، لأنه لا يرى الرد ويجعل الباقى لبيت المال، ولهم فيما إذا وافقه الإمام فى الإقرار وجهان، وهذا من فروع الرد ويذكر فى موضعه وإن كانت بنت وأخت أو أخت وزوج ثبت النسب بقولهما، لأنهما يأخذان المال كله، وإذا أقر بابن وابنه وابنه ميت اعتبر فى الشروط التى تعتبر فى الإقرار بالأخ وكذلك إن أقر بعم وهو ابن جده فعلى ما ذكرناه.

نقد عنى ألفًا فى ثمنه كان قرضًا، وإن قال: نقد فى ثمنه ألفًا قلنا: بين كم ثمن العبد وكيف كان الشراء فإن قال بإيجاب واحد وزن ألفًا ووزنت ألفًا كان مقرًا بنصف العبد، وإن قال: وزنت أنا ألفين كان مقرًا بثلثه والقول قوله مع يمينه، سواء كانت القيمة قدر ما ذكره أو أقل، لأنه قد يغبن، وإن قال اشتريناه بإيجابين، قيل له فكم اشترى منه؟ فإن قال: نصفًا أو ثلثًا أو أقل أو أكثر قبل منه مع يمينه وافق القيمة أو خالفها، وإن قال وصى له بألف من ثمنه بيع وصرف إليه من ثمنه ألف، فإن أراد أن يعطيه ألفًا من ماله من غير ثمن العبد لم يلزمه قبوله، لأن الموصى له يتعين حقه فى ثمنه، وإن فسر ذلك بجناية جناها العبد فتعلقت برقبته قبل ذلك، وله بيع العبد ودفع الألف من ثمنه، وإن قال أردت أنه رهن عنده بألف فعلى وجهين أحدهما: لا يقبل لأن حق المرتهن فى الذمة والثانى: يقبل، لأن الدين يتعلق بالرهن فصح تفسيره به كالجناية، ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كما ذكرنا.

63- **مسألة:** **(وإن قال له فى هذا المال ألف لزمه تسليمه إليه)** لأنه أقر له بالملك.

64- **مسألة:** **(وإن قال: له من مالى أو فى مالى أو فى ميراثى من أبى ألف أو نصف دارى هذه وفسره بالهبة، وقال بدالى من تقبيضه قبل).**

إذا قال: له فى مالى أو من مالى ألف وفسره بدين أو وديعة أو وصية قبل، وقال بعض أصحاب الشافعى لا يقبل إقراره وليس هو لغيره.

ولنا: أنه أقر بألف فقبل كما لو قال له فى مالى، ويجوز أن يضيف إليه مال بعضه لغيره، ويجوز أن يضيف مال غيره إليه لإختصاص له به بأن يكون عليه يد أو ولاية، قال الله تعالى:

فصل: وإن كان أحد الولدين غير وارث لكونه رقيقًا أو مخالفًا لدين موروثه أو قاتلاً فلا عبرة به وثبت النسب بقول الآخر وحده لأنه يحوز جميع الميراث ثم إن كان المقر به يرث شارك المقر في الميراث وإن كان غير وارث لوجود أحد الموانع فيه ثبت نسبه ولم يرث وسواء كان المقر مسلمًا أو كافرًا.

فصل: وإن كان أحد الوارثين غير مكلف كالصبي والمجنون فأقر المكلف بأخ ثالث لم يثبت النسب بإقراره لأنه لا يحوز الميراث كله فإن بلغ الصبي أو أفاق المجنون فأقرا به أيضًا ثبت نسبه لاتفاق جميع الورثة عليه وإن أنكر لم يثبت النسب وإن ماتا قبل أن يصيرا ملكفين

﴿ وَلا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ ﴾ (النساء: ٥) وقال سبحانه في النساء ﴿ لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ ﴾ (الطلاق: ١) وقال لأزواج رسول الله ﷺ ﴿ وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ ﴾ (الأحزاب: ٣٣) فلا يبطل إقراره مع احتمال صحته، فإن قال: أردت هبة قبل منه، لأنه محتمل، وإن امتنع من تقبيضها لم يجبر عليه، لأن الهبة فيها لا تلزم قبل القبض، وكذلك يخرج إذا قال: له نصف داري هذه أو له من داري نصفها، وقد نقل عن أحمد ما يدل على روايتين: قال في رواية مهنا فيمن قال نصف عبدي لفلان: لم يجز إلا أن يقول وهبته، وإن قال: نصف مالي هذا لفلان لا أعرف هذا، ونقل ابن منصور إذا قال: فرسي هذه لفلان فإقراره جائز، فظاهر هذا صحة الإقرار، فإن قال: له في هذا المال نصفه فإقراره جائز، وإن قال: له في هذا المال نصفه أو له نصف هذه الدار فهو إقرار صحيح، وإن قال: له في هذا المال ألف صح، وإن قال: في ميراثي من أبي ألف، وقال: أردت هبة قبل منه، لأنه إذا أضاف الميراث إلى أبيه فمقتضاه ما خلفه فيقتضي وجوب المقر به فيه، وإذا أضاف الميراث إلى نفسه فمعناه ما ورثته وانتقل إلي فلا تحمل إلا على الوجوب، وإذا أضاف إليه جزءًا فالظاهر أنه جعل له جزءًا في ماله.

65- **مسألة:** (وإن قال له في ميراث أبي ألف فهو دين على التركة) لأن لفظه يقتضي ذلك.

66- **مسألة:** (وإن قال نصف هذه الدار فهو مقر بنصفها) لما ذكرنا.

67- **مسألة:** (وإن قال: له هذه الدار عارية ثبت لها حكم العارية) لإقراره بذلك.

68- **مسألة:** **(وإن أقر أنه وهب أو رهن أو قبض أو أقر بقبض ثمن أو غيره ثم أنكر وقال ما قبضت ولا أقبضت وسأل إحلاف خصمه فهل تلزمه اليمين؟ على وجهين).**

وذكر شيخنا في كتاب المغني روايتين إحداهما: لا يستحلف وهو قول أبي حنيفة ومحمد، لأن دعواه تكذيب لإقراره فلا تسمع كما لو أقر المضارب أنه ربح ألفًا ثم قال: غلطت، ولأن الإقرار أقوى من البينة، ولو شهدت البينة ثم قال: أحلفوه لي مع بينة لم يستحلف كذا ههنا **والثانية:** يستحلف وهو قول الشافعي وأبي يوسف، لأن العادة جارية في

ثبت نسب المقر به لأنه وجد الإقرار من جميع الورثة فإن المقر به صار جميع الورثة، ولو كان الوارثان بالغين عاقلين فأقر به أحدهما وأنكر الآخر ثم مات المنكر وورثه المقر ثبت نسب المقر به لأن المقر به صار جميع الورثة فأشبه ما لو أقر به ابتداء بعد موت أخيه وكما لو كان شريكه في الميراث غير مكلف وفيه وجه آخر أنه لا يثبت النسب لأنه أنكره بعض الورثة فلم يثبت نسبه كما لو لم يمت بخلاف ما إذا كان شريكه غير مكلف فإنه لم ينكره وارث وهذا إذا كان المقر يحوز جميع الميراث بعد الميت فإن كان للميت وارث سواه أو من يشاركه فى الميراث لم يثبت النسب بقول الباقى منهما وجهًا واحدًا لأنه ليس كل الورثة ويقوم الوارث الميت الثانى مقامه فإذا وافق المقر فى إقراره ثبت النسب وإن خالفه لم يثبت كالموروث وإن خلف ولدين فأقر أحدهما بأخ وأنكره الآخر ثم مات المنكر وخلف ابنًا فأقر الذى أنكره أبوه ثبت نسبه لإقرار جميع الورثة به ويحتمل أن لا يثبت لإنكار الميت له.

الإقرار بالقبض قبله فيحتمل صحة ما قاله فينبغي أن يستحلف خصمه لنفى الاحتمال ويفارق الإقرار البينة من وجهين.

أحدهما: أن العادة جارية بالإقرار بالقبض قبله ولم تجر العادة بالشهادة على القبض قبلها، لأنها تكون شهادة زور **والثانى**: إنكاره مع الشهادة طعن فى البينة وتكذيب لها، وفى الإقرار بخلافه، ولم يذكر القاضى فى المجرد غير هذا الوجه، وكذلك إن أقر أنه اقترض منه ألفًا وقبضها أو قال: له على ألف ثم قال: ما كنت قبضتها وإنما أقررت لأقبضها فالحكم كذلك، ولأنه يمكن أن يكون قد أقر بذلك بناء على قول وكيله وظنه، والشهادة لا تجوز إلا على اليقين.

69- **مسألة:** (**وإن باع شيئًا ثم أقر أن المبيع لغيره لم يقبل قوله على المشترى**).

لأنه يقر على غيره ولا ينفسخ البيع لذلك وتلزمه غرامته للمقر له، لأنه فوته عليه بالبيع وكذلك إن وهبه أو أعتقه ثم أقر به.

70- **مسألة:** (**وإن قال: لم يكن ملكى ثم ملكته بعد لم يقبل قوله**) لأن الأصل أن الإنسان إنما يتصرف فيما له التصرف فيه إلاَّ أن يقيم بينة فيقبل ذلك، فإن كان قد أقر أنه ملكه أو قال قبضت ثمن ملكى أو نحوه لم تسمع بينته أيضًا، لأنها تشهد بخلاف ما أقر به.

فصل: إذا قال: له هذه الدار هبة أو سكنى أو عارية كان إقرارًا بما أبدل به كلامه ولم يكن إقرارًا بالدار، لأنه رفع بآخر كلامه بعض ما دخل فى أوله، فصح كما لو أقر بجملة واستثنى بعضها، وذكر القاضى فى هذا وجهًا أنه لا يصح، لأنه استثناء من غير الجنس، وليس هذا استثناء إنما هو بدل الاشتمال وهو أن يبدل من الشيء بعض ما يشتمل عليه ذلك الشيء، كقوله تعالى: ﴿**يَسْأَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ**﴾ (البقرة: ٢١٧) فإنه أبدل القتال من الشهر المشتمل عليه، وقال تعالى إخبارًا عن فتى موسى عليه السلام أنه قال: ﴿**وَمَا أَنسَانِيهُ إِلاَّ**

فصل: وإذا أقر الوارث بمن يحجبه كأخ أقر بابن الميت من أب أقر بأخ من أبوين وابن ابن أقر بابن الميت ثبت نسب المقر به وورث وسقط المقر وهذا اختيار ابن حامد والقاضى وقول أبى العباس بن سريج وقال أكثر أصحاب الشافعى: يثبت نسب المقر به ولا يرث لأن توريثه يفضى إلى إسقاط توريثه فسقط بيانه أنه لو ورث لخرج المقر به، عن كونه وارثًا فيبطل إقراره ويثبت نسب المقر به وتوريثه فيؤدى توريثه إلى إسقاط نسبه وتوريثه فأثبتنا النسب دون الميراث.

﴿الشَّيْطَانُ أَنْ أَذْكُرَهُ﴾ (الكهف: ٦٣) أى: أنسانى ذكره، وإن قال: له هذه الدار ثلثها أو ربعها صح ويكون مقرًا بالجزء الذى أبدله، وهذا بدل البعض، وليس ذلك استثناء، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً﴾ (آل عمران: ٩٧) ولكنه فى معنى الاستثناء فى كونه يخرج من الكلام بعض ما دخل فيه لولاه ويفارقه فى أنه يجوز أن يخرج أكثر من النصف، وأنه يجوز إبدال الشىء من غيره إذا كان مشتملاً عليه ألا ترى أن الله تعالى أبدل المستطيع للحج من الناس وهو أقل من نصفهم وأبدل القتال من الشهر الحرام وهو غيره؟ ومتى قال: له هذه الدار سكنى أو عارية ثبت فيها حكم ذلك، وله أن يسكنه إياها وأن يعود فيما أعاره، والله أعلم.

فصل: إذا قال: بعتك جاريتى هذه قال: بل زوجتنيها فلا يخلو إما أن يكون اختلافهما قبل نقده الثمن أو بعده وقبل الاستيلاد أو بعده، فإن كان بعد اعتراف البائع بقبض الثمن فهو مقر بها لمدعى الزوجية، لأنه يدعى عليه شيئًا والزوج ينكر أنها ملكه ويدعى حلها بالزوجية، فيثبت الحل لاتفاقهما عليه، ولا ترد إلى البائع لاتفاقهما أنه لا يستحق أخذها، وإن كان قبل قبض الثمن وبعد الاستيلاد فالبائع يقر أنها صارت أو ولد ولدها حر، وأنه لا مهر لها ويدعى الثمن، والمشترى ينكر ذلك كله فيحكم بحرية الولد لإقرار من ينسب إليه ملكه بحريته ولا ولاء عليه لاعترافه بأنه حر الأصل، ولا ترد الأمة إلى البائع لاعترافه بأنها أم ولد لا يجوز نقل الملك فيها ويحلف المشترى أنه ما اشتراها ويسقط عنه الثمن إلاَّ قدر المهر، فإنه يجب لاتفاقهما على وجوبه، وإن اختلف فى سببه، وهذا قول بعض أصحاب الشافعى، وقال بعضهم يتحالفان ولا يجب مهر ولا ثمن، وهو قول القاضى إلا أنه لا يجعل على البائع يمينًا، لأنه لا يرى اليمين فى إنكار النكاح، ونفقة الولد على أبيه، لأنه حر، ونفقة الأمة على زوجها، لأنه إما زوج وإما سيد، وكلاهما سبب لوجوب النفقة، وقال القاضى: نفقتها فى كسبها، فإن كان فيه فضل فهى موقوفة، لأننا أزلنا عنها ملك السيد وأثبتنا لها حكم الاستيلاد، فإن ماتت وتركت مالاً فللبائع قدر ثمنها، لأنه إما أن يكون صادقًا فهو يستحق على المشترى ثمنها وتركتها للمشترى، والمشترى مقر للبائع بها فيأخذ منها قدر ما يدعيه، وإن كان كاذبًا فهى ملكه وتركتها كلها له فيأخذ منها قدر ما يدعيه وبقيته موقوفة، وإن ماتت بعد الوطء فقد

ولنا: أنه ثابت النسب لم يوجد فى حقه أحد موانع الإرث فيدخل فى عموم قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾ (النساء: ١١) أى فيرث كما لو ثبت نسبه ببينة ولأن ثبوت النسب سبب للميراث فلا يجوز قطع حكمه عنه، ولا يورث محجوب به مع وجوده وسلامته من الموانع وما احتجوا به لا يصح لأننا إنما نعتبر كون المقر وارثًا على تقدير عدم المقر به وخروجه بالإقرار عن الإرث لا يمنع صحته بدليل أن الابن إذا أقر بأخ فإنه يرث مع كونه يخرج بإقراره عن أن يكون جميع الورثة، فإن قيل إنما يقبل إقراره إذا صدقه المقر به فصار إقراراً من جميع الورثة، وإن كان المقر به طفلاً أو مجنونًا لم يعتبر قوله فقد أقر كل من يعتبر قوله، قلنا: ومثله هـهنا فإنه إن كان المقر به كبيرًا فلا بد من تصديقه فقد أقر به كل من يعتبر إقراره وإن كان صغيرًا غير معتبر القول لم يثبت النسب بقول الآخر كما لو كانا ابنين أحدهما صغير فأقر البالغ بأخ لم يقبل ولم يقولوا إنه لا تعتبر موافقته كذا ها هنا ولأنه لو كان فى يد إنسان عبد محكوم له بمله فأقر به لغيره ثبت للمقر له وإن كان المقر يخرج بالإقرار عن كونه مالكًا كذا هـهنا.

فصل: فإن خلف ابنًا فأقر بأخ ثبت نسبه ثم إن أقر بثالث ثبت نسبه أيضًا، لأنه إقرار من

ماتت حرة وميراثها لولدها ورثتها، فإن لم يكن لها وارث فميراثها موقوف لأن أحدًا لا يدعيه، وليس للسيد أن يأخذ منه قدر الثمن، لأنه يدعى الثمن على الواطئ وميراثها ليس له، لأنه قد مات قبلها، وإن كان اختلافهما قبل الاستيلاد فقال شيخنا: عندى أنها تقر فى يد الزوج لاتفاقهما على حلها له واستحقاقه إمساكه وإنما اختلفا فى السبب، ولا ترد إلى السيد لاتفاقهما على تحريمها عليه وللبائع أقل الأمرين من الثمن أو المهر لاتفاقهما على استحقاقه لذلك، والأمر فى الباطن على ذلك، فإن السيد إن كان صادقًا فالأمَة حلال لزوجها بالبيع، وإن كان كاذبًا فهى حلال له بالزوجية والقدر الذى اتفقا عليه إن كان السيد صادقًا فهو يستحقه ثمنًا، وإن كان كاذبًا فهو يستحقه مهرًا، وقال القاضى: يحلف الزوج أنه ما اشتراها، لأنه منكر ويسقط عنه الثمن ولا يحتاج السيد إلى اليمين على نفى الزوجية، لأنه لا يستحلف فيه، وعند الشافعى يتحالفان معًا ويسقط الثمن عن الزوج، لأن البيع ما ثبت ولا يجب المهر لأن السيد لا يدعيه وترد الجارية إلى سيدها، وفى كيفية رجوعها وجهان: أحدهما: ترجع إليه فيملكها ظاهرًا وباطنًا كما يرجع البائع فى السلعة عند فلس المشترى بالثمن، لأن الثمن ههنا قد تعذر فيحتاج السيد أن يقول: فسخت البيع وتعود إليه ملكًا **والثانى:** يرجع إليه فى الظاهر دون الباطن، لأن المشترى امتنع من أداء الثمن مع إمكانه فعلى هذا يبيعها الحاكم ويوفيه ثمنها، فإن كان وفق حقه أو دونه أخذه، وإن زاد فالزيادة لا يدعيها أحد، لأن المشترى يقر بها للبائع، والبائع لا يدعى أكثر من الثمن الأول فعل تقر فى يد المشترى أو ترجع إلى بيت المال؟ يحتمل وجهين، وإن رجع البائع فقال: صدق خصمى ما بعته إياها بل زوجته لم يقبل

جميع الورثة فإن قال الثالث الثانى ليس بأخ لنا فقال القاضى: يسقط نسب الثانى لأن الثالث وارث منكر لنسب الثانى فأشبه ما لو كان نسبه ثابتًا قبل الثانى وفيه وجه آخر لا يسقط نسبه ولا ميراثه لأن نسبه ثبت بقول الأول وثبت ميراثه فلا يسقط بعد ثبوته ولأنه أقر من هو كل الورثة حين الإقرار وثبت ميراثه فلا يسقط بعد ثبوته ولأن الثانى لو أنكر الثالث لم يثبت نسبه وإنما ثبت نسبه بإقراره فلا يجوز له إسقاط نسب من يثبت نسبه بقوله كالأول ولأن ذلك يؤدى إلى إسقاط الأصل بالفرع الذى يثبت به.

فصل: وإن أقر الابن بأخويه دفعة واحدة، فصدق كل واحد منهما صاحبه ثبت نسبهما،

فى إسقاط حرية الولد ولا فى استرجاعها إن صارت أم ولد، وقبل فى إسقاط الثمن واستحقاق ميراثها وميراث ولدها، وإن رجع الزوج ثبتت الحرية ووجب عليه الثمن.

فصل: ولو أقر رجل بحرية عبد ثم اشتراه أو شهد رجلان بحرية عبد لغيرهما ثم اشتراه أحدهما من سيده عتق فى الحال، لاعترافه بأن الذى اشتراه حر، ويكون البيع صحيحًا بالنسبة إلى البائع، لأنه محكوم له برقه وفى حق المشترى استنقاذًا، فإذا صار فى يديه حكم بحريته لإقراره السابق، ويصير كما لو شهد رجلان على رجل أنه طلق زوجته ثلاثًا فرد الحاكم شهادتهما فدفعا إلى الزوج عوضًا ليخلعها صح، وكان فى حقه خلعًا صحيحًا وفى حقهما استخلاصًا، ويكون ولاؤه موقوفًا، لأن أحدًا لا يدعيه، فإن البائع يقول: ما أعتقته والمشترى يقول: ما أعتقه إلا البائع وأنا استخلصته، فإن مات وخلف مالاً فرجع أحدهما عن قوله فالمال له، لأن أحدًا لا يدعيه سواه، لأن الراجع إن كان البائع فقال: صدق المشترى كنت أعتقه فالولاء له ويلزمه رد الثمن إلى المشترى لإقراره ببطلان البيع، وإن كان الراجع المشترى قبل فى المال، لأن أحدًا لا يدعيه سواه، ولا يقبل قوله فى نفى الحرية لأنها حق لغيره، وإن رجعًا معًا فيحتمل أن يوقف حتى يصطلحا عليه، لأنه لأحدهما ولا نعرف عينه، ويحتمل أن من هو فى يده يأخذه ويحلف، لأنه منكر، وإن لم يرجع واحد منهما ففيه وجهان: **أحدهما:** يقر فى يد من هو فى يده، فإن لم يكن فى يد أحدهما فهو لبيت المال، لأن أحدًا لا يدعيه ويحتمل أن يكون لبيت المال على كل حال.

فصل: ولو أقر لرجل بعبد أو غيره ثم جاء به وقال: هذا الذى أقررت لك به، قال: بل هو غيره لم يلزمه تسليمه إلى المقر له، لأنه لا يدعيه ويحلف المقر أنه ليس له عنده عبد سواه، فإن رجع المقر له فادعاه لزمه دفعه إليه، لأنه لا منازع له فيه، وإن قال المقر له: صدقت والذى أقررت به آخر لى عندك لزمه تسليم هذا ويحلف على نفى الآخر.

فصل: قال الشيخ رحمه الله **(وإذا قال غصبت هذا العبد من زيد لا بل من عمرو أو غصبته من زيد وملكه لعمرو لزمه دفعه إلى زيد ويغرم قيمته لعمرو).**

إذا قال غصبت هذا العبد من زيد لا بل من عمرو وحكم به لزيد ولزمه تسليمه إليه ويغرم

وإن تكاذبا ففيهما وجهان: **أحدهما:** لايثبت نسبهما، وهو مذهب الشافعى، لأن كل واحد منهما لم يقر به كل الورثة، **والثانى:** يثبت نسبهما لأن كل واحد منهما وجد الإقرار به من ثابت النسب هو كل الورثة حين الإقرار فلم تعتبر موافقة غيره كما لو كانا صغيرين، فإن كان أحدهما يصدق صاحبه دون الآخر ثبت نسب المتفق عليه منهما، وفى الآخر وجهان وإن كانا توأمين ثبت نسبهما، ولم يلتفت إلى إنكار المنكر منهما سواء تجاحدا معًا أو جحد أحدهما صاحبه، لأننا نعلم كذبهما، فإنهما لا يفترقان، ولو أقر الوارث بنسب أحدهما ثبت نسب الآخر، لأنهما لا يفترقان فى النسب، وإن أقر بنسب صغيرين دفعة واحدة ثبت نسبهما، على الوجه الذى يثبت فيه نسب الكبيرين المتجاحدين وهل يثبت على الوجه الآخر؟ يحتمل أن يثبت، لأنه أقر به كل الورثة حين الإقرار، ولم يجحده أحد فأشبه ما لو انفرد ويحتمل ألا يثبت،، لأن أحدهما وارث، ولم يقر بصاحبه: فلم يجتمع كل الورثة على الإقرار به، ويدفع المقر إلى كل واحد منهما ثلث الميراث، سواء قلنا بثبوت النسب أو لم نقل، لأنه مقر به.

فصل: إذا خَلَّفَ امرأة وأخًا فأقرت المرأة بابن للميت، وأنكر الأخ لم يثبت نسبه، ودفعت إليه ثمن الميراث وهو الفضلة التى فى يد الزوجة عن ميراثها، وإن أقر به الأخ وحده لم يثبت نسبه، ودفع إليه جميع ما فى يده وهو ثلاثة أرباع المال فإن خلف اثنين فأقر أحدهما بامرأة لأبيه وأنكر الآخر، لم تثبت الزوجية ويدفع إليها ثمن نصف الميراث، ولأصحاب الشافعى فى هذه المسألة كقولنا، لأن الزوجية زالت بالموت وإنما المقر به حقها من الميراث، ولهم وجه آخر: لا شىء لها، وإن كان للميت امرأة أخرى فلا شىء للمقر لها، لأن الفضل الذى تستحقه فى يد غير المقر، وكذلك ما كان مثل هذا مثل أن يخلف أخًا من أب وأخًا من أم، فيقر الأخ من الأم بأخ للميت، فلا شىء للمقر به، سواء أقر بأخ من أبوين أو من أب أو

لعمرو، وبهذا قال أبو حنيفة وهو ظاهر مذهب الشافعى، وقال فى الآخر: لا يضمن لعمرو شيئًا.

ولنا أنه أقر بالغصب الموجب للضمان والرد إلى المغصوب منه ثم لم يرد ما أقر بعضه فلزمه ضمانه كما لو تلف بفعل الله تعالى، قال أحمد فى رواية ابن منصور فى رجل قال لرجل: استودعتك هذا الثوب قال: صدقت ثم قال: استودعنيه رجل آخر فالثوب للأول ويغرم قيمته للآخر ولا فرق بين أن يكون إقراره بكلام متصل أو منفصل.

71- مسألة: (وإن قال: ملكه لعمرو وغصبته من زيد فهى كالمسألة التى قبلها).

ولا فرق بين التقديم والتأخير والمتصل والمنفصل، وقيل: يلزمه دفعه إلى عمرو ويغرمه لزيد، لأنه لما أقر به لعمرو أولاً لم يقبل إقراره باليد لزيد، قال شيخنا: وهذا وجه حسن، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين، ولو قال: هذا الألف دفعه إلىَّ زيد وهى لعمرو، أو قال: هو لعمرو ودفعه إلىَّ زيد فكذلك على ما مضى من القول فيه.

من أم لأن ميراثه فى يد غير المقر، وإن أقر بأخوين من أم دفع إليهما ثلث ما فى يده، لأنه يقر أنهم شركاء فى الثلث، لكل واحد منهما تسع وفى يده سدس وهو تسع ونصف تسع، فيفضل فى يده نصف تسع، وهو ثلث ما فى يده.

فصل: وإذا شهد من الورثة رجلان عدلان بنسب مشارك لهم فى الميراث ثبت نسبه إذا لم يكونا متهمين، وكذلك إن شهد على إقرار الميت به، وإن كانا متهمين كأخوين من أم يشهدان بأخ من أبوين، فى مسألة فيها زوج وأختان من أبوين لم تقبل شهادتهما، لأن ثبوت نسبه يسقط العول فيتوفر عليهما الثلث، وكذلك لو شهدا بأخ من أب، فى مسألة معهما أم وأخت من أبوين، وأخت من أب لم تقبل شهادتهما، لأن ثبوت نسبه يسقط أخته فتذهب العول من المسألة فإن لم يكونا وارثين أو لم يكن للميت تركة قبلت شهادتهما وثبت النسب لعدم التهمة.

فصل: وإن أقر رجلان عدلان بنسب مشارك لهما فى الميراث، وثم وارث وغيرهما، لم يثبت النسب ألا أن يشهدا به، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: يثبت لأنهما بينة.

ولنا: أنه إقرار من بعض الورثة فلم يثبت به النسب، كالواحد، وفارق الشهادة لأنه تعتبر فيها العدالة والذكورية والأقرار بخلافه.

فصل: وإذا أقر بنسب ميت صغير أو مجنون ثبت نسبه وورثه، وبهذا قال الشافعى، ويحتمل أن يثبت نسبه دون ميراثه، لأنه متهم فى قصد أخذ ميراثه، وقال أبو حنيفة: لا يثبت نسبه ولا إرثه لذلك.

72- مسألة: (وإن قال غصبته من أحدهما أو هو لأحدهما صح الإقرار).

لأنه يصح بالمجهول فصح للمجهول ثم يطالب بالبيان، فإن عين أحدهما دفع إليه ويحلف للآخر إن ادعاه ولا يغرم له شيئًا، لأنه لم يقر له بشيء، وإن قال: لا أعرف عينه فصدقاه نزع من يده وكانا خصمين فيه، وإن كذباه فعليه اليمين أنه لا يعلم وينزع من يده، فإن كان لأحدهما بينة حكم له بها، وإن لم تكن بينة أقرعنا بينهما فمن قرع صاحبه حلف وسلمت إليه، وإن بين الغاصب بعد ذلك مالكها قبل منه كما لو بينه ابتداء، ويحتمل أنه إذا ادعى كل واحد أنه المغصوب منه توجهت عليه اليمين لكل واحد منهما أنه لم يغصبه، فإن حلف لأحدهما لزمه دفعها إلى الآخر، لأن ذلك يجرى مجرى تعيينه، وإن نكل عن اليمين لهما جميعًا فسلمت إلى أحدهما بقرعة أو غيرها لزمه غرمها للآخر، لأنه نكل عن يمين توجهت عليه فقضى عليه كما لو ادعاها وحده.

فصل: وإن كان فى يده عبدان فقال أحد هذين لزيد طولب بالبيان، فإذا عين أحدهما فصدقه زيد أخذه، وإن قال: هذا لى والعبد الآخر فعليه اليمين فى الذى ينكره، وإن قال زيد: إنما لى العبد الآخر فالقول قول المقر مع يمينه فى العبد الذى ينكره، ولا يدفع إلى زيد العبد

ولنا: أن علة ثبوت نسبه فى حياته الإقرار به، وهو موجود بعد الموت، فيثبت به كحالة الحياة، وما ذكروه يبطل ما إذا كان المقر به حيًا موسرًا، ، أو المقر فقيرًا، فإنه يثبت نسبه، ويملك المقر التصرف فى ماله وإيقافه منه على نفسه، وإن كان المقر به كبيرًا عاقلاً، فكذلك فى قول القاضى، وظاهر مذهب الشافعى لأنه لا قول له أشبه الصغير، وفيه وجه آخر: أنه لا يثبت نسبه، لأن نسب المكلف لا يثبت إلا بتصديقه، ولم يوجد ويجاب عن هذا بأنه غير مكلف، فإن ادعى نسب المكلف فى حياته فلم يصدقه حتى مات المقر، ثم صدقه ثبت نسبه لأنه وجد الإقرار والتصديق من المقر به، فأشبه ما لو صدقه فى حياته، وقال أبو الخطاب: وإذا أقر رجل بزوجية امرأة، أو أقرت أن فلانًا زوجها، فلم يصدقه المقر إلا بعد موته، ورثه لأنه وجد الإقرار والتصديق معًا.

فصل: وإذا خلف رجل امرأة وابنًا من غيرها، فأقر الابن بأخ له لم يثبت نسبه لأنه لم يقر به كل الورثة، وهل يتوارثان؟ فيها وجهان: **أحدهما:** يتوارثان، لأن كل واحد منهما يقر أنه لا وارث له سوى صاحبه، ولا منازع لهما، **والثانى:** لا يتوارثان، لأن النسب بينهما لم يثبت لما كان لكل واحد منهما وارث غير صاحبه لم يرثه، لأنه منازع فى الميراث، ولم يثبت نسبه.

فصل: وإذا ثبت النسب بالإقرار ثم أنكر المقر، لم يقبل إنكاره، لأنه نسب ثبت بحجة شرعية، فلم يزل بإنكاره كما لو ثبت ببينة أو بالفراش وسواء كان المقر به غير مكلف أو مكلفًا فصدق المقر ويحتمل أن يسقط نسب المكلف باتفاقهما على الرجوع عنه، لأنه ثبت باتفاقهما

الذى يقر به له ولكن يقر فى يد المقر، لأنه لم يصح إقراره به فى أحد الوجهين، وفى الآخر ينزع من يده لاعترافه أنه لا تملكه، ويكون فى بيت المال، لأنه لا مالك له معروف فأشبه ميراث من لا يعلم وارثه، فإن أبى التعيين فعينخه المقر له، وقال: هذا عبدى طولب بالجواب، وإن أنكر حلف وكانت بمنزلة تعيينه للآخر، وإن نكل عن اليمين قضى عليه، وإن أقر له فهو كتعيينه.

فصل: إذا قال: هذه الدار لزيد لا بل لعمرو أو ادعى زيد على ميت شيئًا معينًا من تركته فصدقه ابنه ثم ادعاه عمرو فصدقه حكم به لزيد ووجب عليه غرامته لعمرو، وسنذكر ذلك فيما بعد إن شاء الله تعالى.

73- مسألة: (وإن أقر بألف فى وقتين لزمه ألف واحد).

وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: يلزمه ألفان كما لو قال له علىَّ ألف وألف ولا فرق بين أن يكون فى وقت واحد أو أوقات أو مجلس واحد أو مجالس.

ولنا: أنه يجوز أن يكون قد كرر الخبر عن الأول، كما كرر الله الخبر عن إرساله نوحًا وهودًا وصالحًا وشعيبًا وإبراهيم وموسى وعيسى عليهم السلام: ولم يكن المذكور فى قصة

فزال برجوعهما كالمال والأول أصح لأنه نسب ثبت بالإقرار، فأشبه نسب الصغير والمجنون، وفارق المال لأن النسب يحتاط لإثباته.

فصل: وإن أقرت المرأة بولد ولم تكن ذات زوج ولا نسب قبل إقرارها وإن كانت ذات زوج فهل يقبل إقرارها؟ على روايتين: **إحداهما:** لايقبل ، لأن فيه حملاً لنسب الولد على زوجها، ولم يقر به، أو إلحاقًا للعار به بولادة امرأته من غيره، **والثانية:** يقبل، لأنها شخص أقر بولد يحتمل أن يكون منه، فقبل كالرجل، وقال أحمد في رواية ابن منصور في امرأة ادعت ولدًا، فإن كان لها إخوة أو نسب معروف، فلا بد من أن يثبت أنه ابنها، فإن لم يكن لها دافع فمن يحول بينها وبينه، وهذا لأنها متى كانت ذات أهل، فالظاهر أنه لا تخفى عليهم ولادتها فمتى ادعت ولدًا لا يعرفونه، فالظاهر كذبها، ويحتمل أن تقبل دعواها مطلقًا، لأن النسب يحتاط له فأشبهت الرجل.

فصل: ولو قدمت امرأة من بلد الروم، ومعها طفل فأقر به رجل لحقه لوجود الإمكان وعدم المنازع لأنه يحتمل أن يكون دخل أرضهم، أو دخلت في دار الإسلام ووطئها والنسب يحتاط لإثباته، ولهذا لو ولدت امرأة رجل وهو غائب عنها بعد عشرين سنة من غيبته لحقه، وإن لم يعرف له قدوم إليها، ولا عرف لها خروج من بلدها.

فصل: **وإن أقر بنسب صغير، لم يكن مقرًا بزوجية أمه،** وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: إذا كانت مشهورة بالحرية كان مقرًا بزوجيتها، لأن أنساب المسلمين وأحوالهم يجب حملها على الصحة، وذلك أن تكون ولدته منه في نكاح صحيح.

غير المذكور في الأخرى كذا ههنا، لأنه يجوز أن يكون المطلق هو الموصوف أطلقه في حال ووصفه في حال، وإن وصفه بصفة واحدة في المرتين كان تأكيدًا لما ذكرنا.

74- **مسألة:** **(وإن أقر بألف من ثمن عبد ثم أقر بألف من ثمن فرس أو قرض لزمه ألفان).**

وكذلك إن قال: ألف درهم سود وألف درهم بيض، لأن الصفة اختلفت فهما متغايران.

75- **مسألة:** **(وإن ادعى رجلان دارًا في يد غيرهما شركة بينهما بالسوية فأقر لأحدهما بنصفها فالمقر به بينهما نصفان).**

وجملة ذلك أنهما إذا ادعيا أنهما ملكاها بسبب يوجب الاشتراك مثل أن يقولا: ورثناها وابتعناها معًا فأقر المدعى عليه بنصفها فذلك لهما جميعًا، لأنهما اعترفا أن الدار لهما مشاعة، فإذا غصب غاصب نصفها كان منهما والباقي بينهما، وإن لم يكونا ادعيا شيئًا يقتضي الاشتراك بل ادعى كل واحد منهما فأقر لأحدهما بما ادعاه لم يشاركه الآخر، وكان خصومته، لأنهما لم يعترفا بالاشتراك، فإن أقر لأحدهما بالكل وكانت المقر له يعترف للآخر بالنصف سلمه إليه، وكذلك إن كان قد تقدم إقراره بالنصف وجب تسليمه إليه، لأن الذي هي في يده

ولنا: أن الزوجية ليست مقتضى لفظه ولا مضمونه، فلم يكن مقرّاً بها كما لو لم تكن معروفة بالحرية، وما ذكروه لا يصح، فإن النسب محمول على الصحة وقد يلحق بالوطء فى النكاح الفاسد والشبهة، فلا يلزمه بحكم إقراره ما لم يتضمنه لفظه ولم يوجبه.

فصل: وإذا كان له أمة لها ثلاثة أولاد، لا زوج لها ولا أقر بوطئها فقال أحد هؤلاء ولدى، فإقراره صحيح ويطالب بالبيان، فإن عين أحدهم ثبت نسبه وحريته، ثم يسأل عن كيفية الاستيلاد، فإن قال كان بنكاح فعلى الوالد[٢] الولاء، لأنه قد مسه رق، والأم وولداها الآخران رقيق قن، وإن قال: استولدتها فى ملكى فالمقر به حر الأصل لا ولاء عليه والأمة أم ولد، ثم إن كان المقر به الأكبر فأخواه أبناء أو ولد حكمهما حكمها فى العتق بموت سيدها، وإن كان الأوسط فالأكبر قن والأصغر له حكم أمه، وإن عين الأصغر، فأخواه رقيق قن، لأنها ولدتهما قبل الحكم بكونها أم ولد، وإن قال: هو من وطء شبهة فالولد حر الأصل وأخواه مملوكان، وإن مات قبل أن يبين أخذ ورثته بالبيان ويقوم بيانهم مقام بيانه، فإن بينوا النسب ولم يبينوا الاستيلاد ثبت النسب وحرية الولد ولم يثبت للأم ولا لولديها حكم الاستيلاد لأنه يحتمل أن يكون من نكاح أو وطء شبهة، وإن لم يبينوا النسب وقالوا: لا نعرف ذلك ولا الاستيلاد، فإنا نريه القافة[٣]، فإن ألحقوا به واحداً منهم ألحقناه، ولا يثبت حكم الاستيلاد لغيره، فإن لم تكن قافة أقرع بينهم، فمن وقعت له القرعة عتق وورث، وبهذا قال الشافعى: إلا أنه لا يورثه بالقرعة.

ولنا: أنه حر استندت حريته إلى إقرار أبيه فورث كما لو عينه فى إقراره.

قد اعترف له بها فصار بمنزلته فثبتت لمن يقر له، وإن لم يكن اعترف للآخر وادعى جميعها أو ادعى أكثر من النصف فهو له، **فإن قيل:** فكيف يملك جميعها ولم يدع إلا نصفها؟ **قلنا:** ليس من شرط صحة الإقرار تقدم الدعوى، بل متى أقر بشىء لإنسان فصدقه المقر له ثبت، وقد وجد التصديق ههنا فى النصف الذى لم يسبق دعواه، ويجوز أن يكون اقتصر على دعوى النصف، لأن له حجة به ولأن النصف الآخر قد اعترف له به فادعى النصف الذى لم يعترف له به فإن لم يصدقه فى إقراره بالنصف الذى لم يدعه ولم يعترف به الآخر ففيه ثلاثة أوجه: **أحدها:** يبطل الإقرار، لأنه أقر لمن لا يدعيه **الثانى:** ينزعه الحاكم حتى يثبت لمدعيه ويؤجره ويحفظ أجرته لمالكه، **والثالث:** يدفع إلى مدعيه لعدم التنازع فيه، ومذهب الشافعى فى هذا الفصل على نحو ما ذكرنا.

76- مسألة: (وإن قال فى مرض موته: هذا الألف لقطة فتصدقوا به لزم الورثة الصدقة بثلثه).

قال أبو الخطاب: إذا لم يكن له مال غيره، لأنه جميع ماله والأمر بالصدقة وصية بجميع

---

(٢) فى المطبوعة: «الولد».

(٣) **القافة:** القائف: من يتتبع الأثر ويلحق الولد بوالده.

فـصل: وإذا كان له أمتان لكل واحدة منهمـا ولد فقال أحد هذين ولدى من أمتى نظرت فـإن كـان لكل واحـدة منهـمـا زوج يمكن إلحـاق الولد به لـم يصح إقـراره ولحق الولدان

المال فـلا يلزم منه إلا الثلث، وحكى عن القـاضى أنه يلزمهم الصـدقة بجمـيعـه، لأن أمره بالصدقة به يدل على تعديه فيه على وجه يلزمهم الصدقة بجميعه، فيكون ذلك إقرارًا منه لغير وارث فيجب امتثاله.

فـصل: قال الشيخ رحمه الله: **(إذا مات رجل وخلف مائة فادعـاها رجل فأقر ابنه له بها ثم ادعاها آخر فأقر له فهى للأول ويغرمها للثانى).**

وجـملة ذلك أنه إذا ادعى زيد على ميت شيئًا معينًا من تركـته فصدقه ابنه ثم ادعاه عمرو فصدقـه، أو قال: هذه الدار لزيد لا بل لعمرو وحكم بهـا لزيد وعليه غرامتهـا لعمرو، وهذا أحد قولى الشافعى، وقال فى الآخر لا يغرم لعمـرو شيئًا وهو قول أبى حنيفة، لأنه أقر له بما وجب عليه الإقرار به وإنما منعه الحكم من قبوله وذلك لا يوجب الضمان.

ولنا: أنه حال بين عمرو وبين ملكه الذى أقر له به بإقراره لغيـره فلزمه غرمه كما لو شهد رجلان على آخر بإعتاق عبده ثم رجعا عن الشهادة أو كما لو رمى به فى البحر ثم أقر به.

77- مـسألة: **(وإن أقر بها لهما معًا فهى بينهما).**

لتساويهما فى الدعوى والإقرار لهما.

78- مـسـألة: **(وإن أقر لأحدهما وحده فـهى له ويحلف للآخر أنه لا يعلم أنها له، وإن نكل قضى عليه بالنكول).**

لأن النكول كالإقرار ولو أقر لزمه الغرم فكذلك إذا نكل عن اليمين.

79- مـسألة: **(وإن ادعى رجل على الميت مائة دينار فأقر له ثم ادعى آخر مثل ذلك فأقر له فإن كان فى مجلس واحد فهى بينهما، وإن كان فى مجلسين فهى للأول ولا شىء للثانى).**

وجملة ذلك أن الميت إذا خلف وارثًا وتركة فأقر الوارث لرجل بدين على الميت يستغرق الميراث فقـد أقر بتعلق دينه بجميع التركة واسـتحقاقه لها، فإذا أقـر بعد ذلك لآخر وكان فى المجلس صح الإقـرار واشتركا فى التـركة، لأن التركـة حالة المجلس كحـالة واحدة، بدليل صحة القبض بها فيما يعتبر القبض فيه وإمكان الفسخ فيه ولحوق الزيادة فى العقد فكذلك فى الإقرار، وإن كان فى مجلس آخر لم يقبل إقراره لأنه يقر بـحق على غيره فإنه يقر بما يقتضى مشاركة الأول فى التركة وينقص حقه منها، ولا يقبل إقرار الإنسان على غيره، وقال الشافعى: يقبل إقـراره ويشتركان فـيها، لأن الوارث يقـوم مقام الموروث ولـو أقر الموروث لهمـا لقبل فكذلك الوارث، ولأن منعـه من الإقـرار يفضى إلى إسـقاط حق الـغرمـاء، لأنه قد لا يتـفق حضورهم فى مجلس واحـد فيبطل حقه بتعيينه، ولأن من قبـل إقراره أولاً قبل إقراره ثانيًا إذا لم تتغير حاله كالموروث.

بالزوجين، وإن كان لإحدهما زوج دون الأخـرى انصرف الإقرار إلى ولد الأخرى، لأنه الذى يمكن إلحاقه به وإن لم يكن لواحدة منهما زوج ولكن أقر السـيد بوطئهما صارتا فراشًا ولحق ولداهما به إذا أمكن أن يـولد بعد وطئه وإن أمكن فى إحـداهما دون الأخرى انصـرف الإقرار

ولنا: أنه إقرار بما يتعلق بمحل تعلق به حق غيره تعلقًا يمنع تصرفه فيه على وجه يضر به فلم يقبل كإقرار الراهن بجناية على الرهن أو الجانى، وأما الموروث فإن أقر فى صحته صح، لأن الدين لا يتعلق بماله، وإن أقـر فى مرضه لم يحاص المقر له غـرماء الصحة لذلك، وإن أقر فى مرضه لغريم يسـتغرف تركته دينه ثم أقر لآخر فى مجلس آخر فـالفرق بينهما أن إقراره الأول لم يمنعه التصرف فى ماله ولا أن يعلق به دينًـا آخر بأن يستدين دينًا آخر فلم يمنع ذلك تعليق الدين بتركه بالإقرار بخلاف، الوارث فإنه لا يملك أن يتـعلق بالتركة دينًا آخر بفعله فلا يملكه بقوله ولا يملك التصرف فى التركة ما لم يلتزم قضاء الدين.

80- **مسألة: (وإن خلف ابنين ومائتين فادعى رجل مائة دينًا علـى الميت فصدقه أحد الابنين وأنكر الآخر لزم المقر نصفها).**

لأنه مقر على أبيه بـدين ولا يلزمه أكثر من نصف دين أبيه، ولأنه يقر على نفـسه وأخيه فلا يقبل إقراره على أخيه ويقبل على نفسه وفى ذلك اختلاف ذكرناه فى أواخر كتاب الإقرار.

81- **مسألة: (إلا أن يكون عدلاً فيـحلف الغريم مع شهادته ويأخـذ مائة وتكون المائة الباقية بين الابنين).**

وإنما لزم المـقر نصف المـائة، لأنه يرث نصف التركـة فيلزمه نصف الـدين، لأنه بقدر ميراثه، ولو لزمه جـميع الدين لم تقبل شهادته على أحد لكونه يـدفع عن نفسه ضررًا، ولأنه يرث نصف التركة فلزمه نصف الدين كم لو ثبت ببينة أو بإقرار الميت.

82- **مسألة:** (وإن خلف ابنين وعبدين متـساويى القيمة لا يملك غيرهمـا فقال أحد الابنين: أبى أعتق هذا، وقـال الآخر: بل أعتق هـذا عتق من كل واحد ثلثـه وصار لكل ابن سدس العبد الذى أقـر بعتقه ونصف الآخر، وإن قال أحدهمـا: أبى أعتق هذا، وقال الآخر: أبى أعتق أحدهما لا أدرى من هو منهما أقرع بينهمـا، فإن وقعت على من اعترف الابن بعتقه عتق ثلثاه إن لم يجـيزا عتقه كامـلاً وإن وقعت على الآخر كان حكمه كمـا لو عين العتق فى العبد سواء).

هذه المسألة مـحمولة على أن العتق كـان فى مرض الموت المخـوف أو بالوصية لأنه لو أعتقه فى صحته عتق كله ولم يقف على إجازة الورثة، فـإذا اعترفا أنه عتق أحدهما فى مرضه لم يخل من أربعة أحوال: **أحدها:** أن يعينا العتق فى أحدهما فيعتق منه ثلثاه، لأن ذلك ثلث جميع ماله إلا أن يجيزا عتق جميعه فيعتق **الثانى:** أن يعين كل منهما العتق فى واحد غير الذى عينه أخوه فيعـتق من كل واحد ثلثه، لأن كل واحد منهما حقه نصف العبـدين فيقبل قوله فى عتق حـقه من الذى عينه وهو ثـلثا النصف الذى له وذلك الثلث، ولأنه يعـترف بحرية ثلثيه

إلى من أمكن لأنه ولده حكمًا، وإن لم يكن أقر بوطر واحدة منهما صح إقراره وتثبت حرية المقر به لأنه أقر بنسب صغير مجهول النسب مع الإمكان لا منازع له فيه فلحقه نسبه، ثم يكلف البيان كما لو طلق إحدى نسائه فإذا بين قبل بيانه، لأن المرجع فى ذلك إليه، ثم يطالب ببيان كيفية الولادة فإن قال استولدتها فى ملكى فالولد حر الأصل لا ولاء عليه وأمه أم ولد وإن قال فى نكاح فعلى الولد الولاء، لأنه مسه رق والأمة قن لأنها علقت بمملوك وإن قال بوطء شبهة فالولد حر الأصل والأمة قن لأنها علقت به فى غير ملك، وإن ادعت الأخرى أنها التى استولدها فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل عدم الاستيلاد فأشبه ما لو ادعت ذلك من غير إقراره بشيء فإذا حلف رقت ورق ولدها وإذا مات ورثه ولده المقر به، وإن كانت أمه قد صارت أم ولد عتقت أيضًا وإن لم تصر أم ولد عتقت على ولدها إن كان هو الوارث وحده وإن كان معه غيره عتق منها بقدر ما ملك فإن مات قبل أن يبين قام وارثه مقامه فى البيان لأنه يقوم مقامه فى إلحاق النسب وغيره فإذا بين كان كما لو بين الموروث، وإن لم يعلم الوارث كيفية الاستيلاد ففى الأمة وجهان: **أحدهما**: يكون رقيقًا لأن الرق الأصل فلا يزول بالاحتمال، **والثانى**: يعتق، لأن الظاهر أنها ولدته فى ملكه، لأنه أقر بولدها وهى فى ملكه وهذا منصوص الشافعى فإن لم يكن وارث أو كان وارث فلم يعين عرض للقافة فإن ألحقت به أحدهما ثبت نسبه وكان حكمه كما لو عين الوارث فإن لم تكن قافة أو كانت فلم تعرف أقرع بين الولدين فيعتق أحدهما بالقرعة لأن للقرعة مدخلاً فى إثبات الحرية، وقياس المذهب ثبوت نسبه وميراثه على ما ذكرنا فى التى قبلها، وقال الشافعى لا يثبت نسب ولا ميراث، واختلفوا فى الميراث فقال المزنى: يوقف نصيب ابن لأننا تيقنا ابنًا وارثًا ولهم وجه آخر لا

فيقبل قوله فى حقه منهما وهو الثلث ويبقى الرق فى ثلثه فله النصف وهو السدس ونصف العبد الذى ينكر عتقه.

الثالث: أن يقول أحدهما: أبى أعتق هذا، ويقول الآخر: أبى أعتق أحدهما لا أدرى من منهما فتقوم القرعة مقام تعيين الذى لم يعين، فإن وقعت على الذى عينه أخوه عتق ثلثاه، كما لو عيناه بقولهما، وإن وقعت على الآخر، كما لو عين كل واحد منهما عبدًا يكون لكل واحد منهما سدس العبد الذى عينه ونصف العبد الذى ينكر عتقه ويصير ثلث كل واحد من العبدين حرًا **الرابع**: أن يقولا: أعتق أحدهما ولا ندرى من منهما فإنه يقرع بين العبدين، فمن وقعت له القرعة عتقه ثلثاه إن لم يجيزا عتق جميعه وكان الآخر رقيقًا.

فصل: فإن رجع الابن الذى جهل عين العتق فقال: قد عرفته قبل القرعة فهو كما لو عينه ابتداء من غير جهل، وإذا كان بعد القرعة فوافقها تعيينه لم يتغير الحكم، وإن خالفها عتق من الذى عينه ثلثه بتعيينه، فإن عين الذى عينه أخوه عتق ثلثاه وإن عين الآخر عتق منه ثلثه، وهل يبطل العتق فى الذى عتق بالقرعة على وجهين.

يوقف شيء لأنه لا يرجى انكشافه وقال أبو حنيفة: يعتق من كل واحد نصفه ويستسعى فى باقيه ولا يرثان، وقال ابن أبى ليلى مثل ذلك إلا أنه يجعل الميراث بينهما نصفين ويدفعانه فى سعايتهما والكلام على قسمة الحرية والسعاية يأتى فى العتق إن شاء الله تعالى.

٨٥٧- **مسألة:** قال: (**وكذلك إن أقر بدين على أبيه لزمه من الدين بقدر ميراثه**).

وجملة ذلك أن الوارث إذا أقر بدين على موروثه قبل إقراره بغير خلاف نعلمه، ويتعلق

باب الإقرار بالمجمل

(**إذا قال: له على شيء أو كذا قيل له فسر، فإن أبى حبس حتى يفسر، فإن مات أخذ وارثه بمثل ذلك إن خلف الميت شيئًا يقضى منه وإلا فلا**).

وجملة ذلك أنه إذا قال: لفلان على شيء أو كذا صح إقراره ولزمه تفسيره بغير خلاف، ويفارق الدعوى حيث لا تصح بالمجهول لكون الدعوى له والإقرار عليه فلزمه ما عليه مع الجهالة دون ماله، ولأن المدعى إذا لم يصحح دعواه فله داع إلى تحريرها، والمقر لا داعى له إلى التحرير، ولا يمكن رجوعه عن إقراره فيضيع حق المقر له فألزمناه إياه مع الجهالة، فإن امتنع من تفسيره حبس حتى يفسر، وقال القاضى: يجعل ناكلاً يؤمر المقر له بالبيان، فإن بين شيئًا فصدقه المقر ثبت وإن كذبه وامتنع من البيان قيل له: إن بينت وإلا جعلناك ناكلاً وقضينا عليك وهذا قول الشافعى، إلاَّ أنهم قالوا: إن بينت وإلاَّ أحلفنا المقر له على ما يدعيه وأوجبناه عليك، فإن فعل وإلاَّ أحلفنا المقر له وأوجبناه على المقر، ووجه الأول أنه ممتنع من حق عليه فحبس به، كما لو عينه وامتنع من أدائه، ومع ذلك فمتى عينه المدعى وادعاه فنكل المقر فهو على ما ذكروه، فإن مات من عليه الحق أخذ وارثه بمثل ذلك، لأن الحق ثبت على موروثهم فتعلق بتركته، وقد صارت إلى الورثة فلزمهم ما لزم موروثهم، كما لو كان الحق معينًا، وإن لم يخلف الميت تركة فلا شيء على الورثة، لأنهم ليس عليهم وفاء دين الميت إذا لم يخلف تركة كما لا يلزمهم فى حياته، وذكر صاحب المحرر رواية أن الوارث إن صدق موروثه فى إقراره أخذ به وإلاَّ فلا، والصحيح الأول، قال: وعندى إن أبى الوارث أن يفسر وقال لا علم لى بذلك حلف ولزمه من التركة ما يقع عليه الاسم فيما إذا وصى لفلان بشيء، ويحتمل أن يكون حكم المقر كذلك إذا حلف أن لا يعلم كالوارث.

١- **مسألة:** (**وإن فسره بحق شفعة أو مال قبل وإن قل، وإن فسره بمال كقشر جوزة أو ميتة أو خمر لم يقبل، وإن فسره بكلب أو حد قذف فعلى وجهين**).

متى فسر المقر إقراره بما يتمول عادة قبل تفسيره ويثبت إلاَّ أن يكذبه المقر له ويدعى جنسًا آخر أو لا يدعى شيئًا فيبطل إقراره، وإن فسره بما لا يتمول عادة كقشر جوزة أو قشر باذنجانة لم يقبل تفسيره، لأن إقراره اعتراف بحق عليه ثابت فى ذمته، وهذا لا يثبت فى الذمة

ذلك بتركة الميت كما لو أقر به الميت قبل موته فإن لم يخلف تركة لم يلزم الوارث بشيء، لأنه لا يلزمه أداء دينه إذا كان حيًا مفلسًا فكذلك إذا كان ميتًا وإن خلف تركة تعلق الدين بها فإن أحب الوارث تسليمها فى الدين لم يلزمه إلا ذلك وإن أحب استخلاصها وإيفاء الدين من ماله فله ذلك ويلزمه أقل الأمرين من قيمتها أو قدر الدين بمنزلة الجانى، وإن كان الوارث واحدًا فحكمه ما ذكرنا وإن كانا اثنين أو أكثر وثبت الدين بإقرار الميت أو بينة أو إقرار جميع

وكذلك إن فسره بما ليس بمال فى الشرع كالخمر والميتة، وإن فسره بكلب لا يجوز اقتناؤه فكذلك، وإن فسره بكلب يجوز اقتناؤه أو جلد ميتة غير مدبوغ ففيه وجهان: **أحدهما**: يقبل، لأنه شيء يجب رده وتسليمه إليه فالإيجاب يتناوله **والثانى**: لا يقبل، لأن الإقرار إخبار عما يجب ضمانه، وهذا لا يجب ضمانه، وإن فسره بحبة حنطة أو شعير ونحوها لم يقبل، لأن هذا لا يتمول عادة على انفراده، وإن فسره بحد قذف قبل، لأنه حق يجب عليه، وفيه وجه آخر أنه لا يقبل لأنه لا يئول إلى مال، والأول أصح، لأن ما يثبت فى الذمة يصح أن يقال هو على ويصح تفسيره بحق شفعة، لأنه حق واجب ويئول إلى المال، وإن فسره برد السلام أو تشميت العاطس ونحوه لم يقبل، لأنه يسقط بفواته ولا يثبت فى الذمة، وهذا الإقرار يدل على ثبوت الحق فى الذمة ويحتمل أن يقبل تفسيره إذا أراد حقًا على رد سلامة إذا سلم وتشميته إذا عطس لما روى فى الخبر «للمسلم على المسلم ثلاثون حقًا يرد سلامه ويشمت عطسته ويجيب دعوته» (١).

2- **مسألة: (وإن قال: غصبت منه شيئًا ثم فسره بنفسه أو ولده لم يقبل)**

لأن الغصب لا يثبت عليه، وإن أراد أنى حبستك وسجنتك قبل ذكره فى المحرر، وإن فسره بما ليس بمال مما ينتفع به قبل، لأن الغصب يشتمل عليه كالكلب وجلد الميتة، لأنه قد يقهره عليه، وإن فسره بما لا نفع فيه أو ما لا يباح الانتفاع به لم يقبل، لأن أخذ ذلك ليس بغصب، وهذا الذى ذكرناه فى هذا الباب أكثره مذهب الشافعى، وحكى عن أبى حنيفة أنه لا يقبل تفسير إقراره بغير المكيل والموزون، لأن غيرهما لا يثبت فى الذمة بنفسه.

ولنا: أنه مملوك يدخل تحت العقد فجاز أن يفسر به الشيء فى الإقرار كالمكيل والموزون، ولأنه يثبت فى الذمة فى الجملة فصح التفسير به كالمكيل ولا عبرة بسبب ثبوته فى الإخبار به والإخبار عنه.

فصل: وتقبل الشهادة على الإقرار بالمجهول لأن الإقرار به صحيح، وما كان صحيحًا فى نفسه صحت الشهادة به كالمعلوم.

3- **مسألة: (وإن قال: له على مال عظيم أو خطير أو كثير أو جليل قبل تفسيره بالكثير والقليل)**

---

(١) سبق ذكره برقم (١) فصل: فى الإقرار بالمجهول ـ مغنى.

الورثة فكذلك، وإذا اختار الورثة أخذ التركة وقضاء الدين من أموالهم فعلى كل واحد منهم من الدين بقدر ميراثه وإن أقر أحدهم لزمه من الدين بقدر ميراثه والخيرة إليه فى تسليم نصيبه فى الدين أو استخلاصه، وإذا قدره من الدين فإن كانا اثنين لزمه النصف وإن كانوا ثلاثة فعليه الثلث وبهذا قال النخعي والحسن والحكم وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور والشافعي فى أحد قوليه، وقال أصحاب الرأى: يلزمه جميع الدين أو جميع ميراثه وهذا آخر قولى الشافعى رجع

كما لو قال: له على مال ولم يصفه وهذا قول الشافعى، وحكى عن أبى حنيفة لا يقبل تفسيره بأقل من عشرة، لأنه يقطع به السارق ويكون صداقًا عنده، وعنه لا يقبل أقل من مائتى درهم، وبه قال صاحباه، لأنه الذى تجب فيه الزكـاة، وقال بعض أصحاب مالك كقولهم فى المال، ومنهم من قال: يزيد على ذلك أقل زيادة، ومنهم من قال: قدر الدية، وقال الليث بن سعد: اثنان وسبعون، لأن الله سبحانه وتعالى قال: ﴿لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللَّهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ﴾ (التوبة: ٢٥) وكانت غزواته وسراياه اثنتين وسبعين قالوا: ولأن الحبة لا تسمى مالاً عظيمًا ولا كثيرًا.

ولنا: أن العظيم والكثير لا حد له فى الشرع ولا اللغة ولا العرف، ويختلف الناس فيه فمنهم من يستعظم القليل ومنهم من يستعظم الكثير ومنهم من يحتقر الكثير فلم يلبث فى ذلك حد يرجع فى تفسيره إليه، ولأنه ما من مال إلاَّ وهو عظيم كثير بالنسبة إلى ما دونه، ويحتمل أنه أراد عظيمًا لفقر نفسه ودناءتها، وأما ما ذكروه فليس فيه تحديد الكثير وكون ما ذكروه كثيرًا لا يمنع الكثرة فيما دونه، وقد قال الله تعالى: ﴿اذْكُرُوا اللَّهَ ذِكْرًا كَثِيرًا﴾ (الأحزاب: ٤١) فلم ينصرف إلى ذلك، وقال تعالى: ﴿كَم مِّن فِئَةٍ قَلِيلَةٍ غَلَبَتْ فِئَةً كَثِيرَةً﴾ (البقرة: ٢٤٩) فلم يحمل على ذلك، والحكم فيما إذا قال: عظيم جدًا أو عظيم كما لو لم يقله لما قررناه.

فصل: وإن أقر بمال قبل تفسيره بالقليل والكثير كالمسألة قبل هذا، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: لا يقبل تفسيره بغير المال الزكوى لقول الله سبحانه: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا﴾ (التوبة: ١٠٣) وقوله: ﴿فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ ﴿٢٤﴾ لِّلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ﴾ (المعارج: ٢٤، ٢٥) وحكى بعض أصحاب مالك عنه ثلاثة أوجه: الأول: كقولنا، والثانى: لا يقبل إلاَّ فى أول النصاب من نصب الزكاة من نوع أموالهم، والثالث: ما يقطع به السارق ويصح مهرًا لقول الله تعالى: ﴿أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم﴾ (النساء: ٢٤)

ولنا: أن غير ما ذكروه يقع عليه اسم المال حقيقة وعرفًا ويتمول عادة فيقبل تفسيره به كالذى وافقوا عليه، وأما آية الزكاة فقد دخلها التخصيص وقوله تعالى: ﴿وَفِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ﴾ لم يرد بها الزكاة، لأنها نزلت بمكة قبل فرض الزكاة، فلا حجة لهم فيها ثم يرد قوله تعالى: ﴿أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم﴾ والتزويج جائز بأى نوع كان من المال وبما دون النصاب.

4- **مسألة:** (وإن قال: له على دراهم كثيرة قبل تفسيره بثلاثة فصاعدًا).

إليه بعد قوله كقولنا لأن الدين يتعلق بتركته فلا يستحق الوارث منهما إلا ما فضل من الدين لقول الله تعالى: ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ (النساء: ١٢) ولأنه يقول ما أخذه المنكر أخذه بغير استحقاق فكان غاصبًا فتعلق الدين بما بقى من التركة كما لو غصبه أجنبى.

ولنا: أنه لا يستحق أكثر من نصف الميراث فلا يلزمه أكثر من نصف الدين كما لو أقر أخوه، ولأنه إقرار يتعلق بحصته وحصة أخيه فلا يجب عليه إلا ما يخصه كالإقرار بالوصية،

أما إذا قال: له على دراهم لزمه ثلاثة، لأنها أقل الجمع، وإن قال: له دراهم كثيرة أو وافرة أو عظيمة لزمته ثلاثة أيضًا، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: لا يقبل تفسيره بأقل من عشرة، لأنها أقل جمع الكثرة، وقال أبو يوسف: لا يقبل أقل من مائتين، لأن بها يحصل الغنى وتجب الزكاة.

ولنا: أن الكثرة والعظمة لا حد لها شرعًا ولا لغة ولا عرفًا، وتختلف بالأوصاف وأحوال الناس، فالثلاثة أكثر مما دونها وأقل مما فوقها، ومن الناس من يستعظم اليسير، ومنهم من لا يستعظم الكثير ويحتمل أن المقر أراد كثيرة بالنسبة إلى ما دونها أو كبيرة فى نفسه فلا تجب الزيادة بالاحتمال.

5- **مسألة:** (وإن قال: له على كذا درهم أو كذا وكذا درهم أو كذا درهم بالرفع لزمه درهم).

لأن تقديره شىء هو درهم، وإن قال بالخفض لزمه بعض درهم، لأن كذا يحتمل أن يكون جزءًا مضافًا إلى درهم، ويرجع فى تفسيره إليه إذا فسره بذلك، لأنه محتمل.

6- **مسألة:** (وإن قال: كذا درهمًا بالنصب لزمه درهم).

ويكون منصوبًا على التمييز.

7- **مسألة:** (وإن قال: كذا كذا درهمًا بالنصب فقال ابن حامد والقاضى: يلزمه درهم).

لأن الدرهم الواحد يجوز أن يكون تفسيرًا لشيئين كل واحد بعض درهم (وقال أبو الحسن التميمى يلزمه درهمان) لأنه ذكر جملتين فسرهما بدرهم فيعود التفسير إلى كل واحدة منهما (كقوله عشرون درهمًا).

إذا قال: كذا ففيه ثلاث مسائل: أحدها: أن يقول كذا بغير تكرير ولا عطف، الثانية: أن يكرر بغير عطف، الثالثة: أن يعطف فيقول كذا وكذا، فأما الأولى فإذا قال: له علىَّ كذا درهم لم يخل من أربعة أحوال: أحدها: أن يقول: له على كذا درهم بالرفع فيلزمه درهم وتقديره شىء هو درهم فجعل الدرهم بدلاً من كذا، الثانى: أن يقول: درهم بالجر فيلزمه جزء درهم يرجع فى تفسيره إليه والتقدير جزء درهم أو بعض درهم ويكون كذا كناية عنه، الثالث: أن يقول: درهمًا بالنصب فيلزمه درهم ويكون منصوبًا على التفسير وهو التمييز، وقال بعض النحويين: هو منصوب على القطع كأنه قطع ما ابتدأ به وأقر بدرهم، وهذا على قول

وإقرار أحد الشريكين على مال الشركة ولأنه حق لو ثبت ببينة أو قول الميت أو إقرار الوارثين لم يلزمه إلا نصفه فلم يلزمه بإقراره أكثر من نصفه كالوصية ولأن شهادته بالدين مع غيره تقبل ولو لزمه أكثر من حصته لم تقبل شهادته لأنه يجر بها إلى نفسه نفعًا.

فصل: إذا ادعى رجلان دارًا بينهما ملكاها بسبب يوجب الاشتراك مثل أن يقولا: ورثناها أو ابتعناها معًا فأقر المدعى عليه بنصفها لأحدهما فذلك لهما جميعًا لأنهما اعترفا أن الدار

الكوفيين، **الرابع:** أن يذكره بالوقف فيقبل تفسيره بجزء درهم أيضًا، لأنه يجوز أن يكون أسقط حركة الجر للوقف، وهذا مذهب الشافعي، وقال القاضي: يلزمه درهم في الحالات كلها وهو قول بعض أصحاب الشافعي.

ولنا: أن كذا اسم مبهم فصح تفسيره بجزء درهم في حال الجر والوقف.

8- المسألة الثانية: (إذا قال: كذا كذا بغير عطف فالحكم فيها كالحكم وفي كذا بغير تكرير سواء)

لا يتغير ولا يقتضي تكريره الزيادة كأنه قال: شيء شيء، ولأنه إذا قاله بالجر احتمل أن يكون قد أضاف جزءًا إلى جزء ثم أضاف الجزء الأخير إلى الدرهم فقال: نصف سبع درهم وهكذا لو قال كذا كذا، لأنه يحتمل أن يريد ثلث خمس تسع درهم ونحوه.

9- مسألة: (المسألة الثالثة: إذا عطف فقال: كذا وكذا درهم بالرفع لزمه درهم واحد)

لأنه ذكر شيئين ثم أبدل منهما درهمًا فصار كأنه قال: هما درهم، وإن قال: درهمًا بالنصب ففيه ثلاثة أوجه: **أحدها:** يلزمه درهم واحد، وهو قول أبي عبد الله بن حامد والقاضي، لأن كذا يحتمل أقل من درهم، فإذا عطف عليه مثله ثم فسرهما بدرهم واحد جاز وكان كلامًا صحيحًا، وهذا يحكى قولاً للشافعي، **الثاني:** يلزمه درهمان وهو اختيار أبي الحسن التميمي، لأنه ذكر جملتين، فإذا فسر ذلك بدرهم عاد التفسير إلى كل واحد، كقوله: عشرون درهمًا يعود التفسير إلى العشرين كذا ههنا، وهذا يحكى قولاً ثانيًا للشافعي **الثالث:** يلزمه أكثر من درهم ولعله ذهب إلى أن الدرهم تفسير للجملة التي تليه فيلزمه بها درهم، والأولى باقية على إبهامها فيرجع في تفسيرها إليه وهذا يشبه قول التميمي، وقال محمد بن الحسن: إذا قال كذا درهمًا لزمه عشرون درهمًا، لأنه أقل عددًا يفسر بالواحد المنصوب، وإن قال كذا كذا درهمًا لزمه أحد عشر درهمًا، لأنه أقل عدد مركب يفسر بالواحد المنصوب، وإن قال: كذا وكذا درهمًا لزمه أحد وعشرون درهمًا، لأنه أقل عدد عطف بعضه على بعض يفسر بذلك، وإن قال: كذا درهم بالجر لزمه مائة، لأنه أقل عدد يضاف إلى الواحد، وحكى عن أبي يوسف أنه قال: كذا كذا أو كذا يلزمه بهما أحد عشر درهمًا.

ولنا أنه يحتمل ما قلنا ويحتمل ما قالوا فوجب المصير إلى ما قلنا، لأنه اليقين، وما زاد مشكوك فيه فلا يجب بالشك، كما لو قال: على دراهم لم يلزمه إلا أقل الجميع ولا يلزم

لهما مشاعة فإذا غصب غاصب نصفها كان منهما والباقى بينهما وإن لم يكونا ادعيا شيئًا يقتضى الاشتراك بل ادعى كل واحد منهما نصفها فأقر لأحدهما بما ادعاه لم يشاركه الآخر وكان على خصومته، لأنهما لم يعترفا بالاشتراك فإن أقر لأحدهما بالكل وكان المقر له يعترف للآخر بالنصف سلمه إليه، وكذلك إن كان قد تقدم إقراره بذلك وجب تسليم النصف إليه لأن الذى هى فى يده قد اعترف له بها فصار بمنزلته فيثبت لمن يقر له، وإن لم يكن اعترف للآخر

كثرة الاستعمال فإن اللفظ إذا كان حقيقة فى الأمرين جاز التفسير بكل واحد منهما، وعلى ما ذكره محمد يكون اللفظ المفرد يوجب أكثر من المكرر، فإنه يجب بالمفرد عشرون وبالمركب أحد عشر ولا نعرف، لفظًا مفردًا متناولاً لعدد صحيح يلزم به أكثر مما يلزم بمكرره.

10- **مسألة:** (**وإن قال: له على ألف رجع فى تفسيره إليه فإن فسره بأجناس قبل منه**).

لأنه يحتمل ذلك.

11- **مسألة:** (**وإن قال: له على ألف ودرهم أو ألف ودينار أو ألف وثوب أو فرس أو درهم وألف أو دينار وألف، فقال ابن حامد والقاضى: الألف من جنس ما عطف عليه**).

وبه قال أبو ثور، وقال التميمى وأبو الخطاب: يرجع فى تفسير الألف إليه، لأن الشىء يعطف على غير جنسه، قال الله تعالى: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ (البقرة: ٢٣٤) ولأن الألف مبهم فيرجع فى تفسيره إلى المقر كما لو لم يعطف عليه، وقال أبو حنيفة: إن عطف على المبهم مكيلاً أو موزونًا كان تفسيرًا له، وإن عطف مذروعًا أو معدودًا لم يكن تفسيرًا، لأن «على» للإيجاب فى الذمة فإذا عطف عليه ما يثبت فى ذمته بنفسه كان تفسيرًا له كقوله: مائة وخمسون درهمًا.

ولنا: أن العرب تكتفى بتفسير إحدى الجملتين عن الأخرى، قال الله تعالى: ﴿وَلَبِثُوا فِي كَهْفِهِمْ ثَلَاثَ مِائَةٍ سِنِينَ وَازْدَادُوا تِسْعًا﴾ (الكهف: ٢٥) وقال تعالى: ﴿عَنِ الْيَمِينِ وَعَنِ الشِّمَالِ قَعِيدٌ﴾ (ق: ١٧) ولأنه ذكر مبهمًا مع تفسير لم يقم الدليل على أنه من غير جنسه فكان المبهم من جنس المفسر، كما لو قال: مائة وخمسون درهمًا أو ثلاثمائة وثلاثة عشر رجلاً، يحققه أن المبهم يحتاج إلى التفسير وذكر التفسير فى الجملة المقارنة له يصلح أن يفسره يوجب حمل الأمر على ذلك، وأما قوله أربعة أشهر وعشرًا فإنه امتنع أن تكون العشر أشهرًا لوجهين: **أحدهما:** أن العشر بغير هاء عدد للمؤنث والأشهر مذكرة فلا يجوز أن تعد بغير هاء، **والثانى:** أنها لو كانت أشهرًا لقال أربعة عشر شهرًا بالتركيب لا بالعطف كما قال: ﴿عَلَيْهَا تِسْعَةَ عَشَرَ﴾ (المدثر: ٣٠) وقولهم إن الألف مبهم، قلنا: قرن به ما يدل على تفسيره، فأشبه ما لو قال مائة وخمسون درهمًا أو مائة ودرهم عند أبى حنيفة، **فإن قيل:** إذا قال: مائة وخمسون درهمًا فالدرهم ذكر للتفسير ولهذا لا يراد به العدد فصلح تفسيرًا لجميع ما قبله بخلاف قوله مائة ودرهم فإنه ذكر الدرهم للإيجاب لا للتفسير بدليل أنه زاد به العدد **قلنا:** هو صالح للإيجاب

وادعى جميعها أو ادعى أكثر من النصف فهو له، **فإن قيل**: فكيف يملك جميعها ولم يدع إلا نصفها؟ **قلنا**: ليس من شرط صحة الإقرار تقدم الدعوى بل متى أقر الإنسان بشيء فصدقه المقر له ثبت وقد وجد التصديق هٰهنا فى النصف الذى لم يسبق دعواه ويجوز أن يكون اقتصر على دعوى ألف لأن له حجة به أو لأن النصف الآخر قد اعترف له به فادعى النصف الذى لم يعترف به، فإن لم يصدقه فى إقراره بالنصف الذى لم يدعه ولم يعترف به للآخر ففيه

والتفسير معًا والحاجة داعية إلى التفسير فوجب حملُ الأمر على ذلك صيانة لكلام المقر عن الإلباس والإبهام وصرفًا له إلى البيان والإفهام، وقول أبى حنيفة إن على للإيجاب قلنا: فمتى عطف ما يجب بها على ما لا يجب وكان أحدهما مبهمًا والآخر مفسرًا وأمكن تفسيره به وجب أن يكون المبهم من جنس المفسر، فأما إن لم يكن من جنس المفسر مثل أن يعطف عدد المذكر على المؤنث أو بالعكس ونحو ذلك فلا يكون أحدهما من جنس الآخر ويبقى المبهم على إبهامه كما لو قال: له أربعة دراهم وعشر.

12- **مسألة: (وإن قال: له على ألف وخمسون درهمًا وألف درهم أو خمسون فالجميع دراهم).**

ويحتمل على قول التميمى أن يرجع فى تفسير الألف إليه وهو قول بعض أصحاب الشافعى، وكذلك إن قال: ألف وثلاثة دراهم أو مائة وألف درهم والصحيح الأول فإن الدرهم المفسر يكون تفسيرًا لجميع ما قبله من الجمل المبهمة وجنس العدد، قال الله تعالى مخبرًا عن أحد الخصمين أنه قال ﴿إِنَّ هَٰذَا أَخِي لَهُ تِسْعٌ وَتِسْعُونَ نَعْجَةً﴾ (ص: ٢٣) وفى الحديث أن رسول الله ﷺ توفى وهو ابن ثلاث وستين سنة، وقال عنترة:

فِيهَا اثْنَتَان وأَرْبَعُونَ حَلُوبَةً ... سُودًا كخَافِيَة الغُرَابِ الأَسْحَمِ

ولأن الدرهم ذكر تفسيرًا ولهذا لا يجب به زيادة على العدد المَذكور فكان تفسيرًا لجميع ما قبله ولأنها تحتاج إلى تفسير وهو صالح لتفسيرها فوجب حمله على ذلك وهذا المعنى موجود فى قوله ألف وثلاثة دراهم وسائر الصور المذكورة، فعلى قول من لا يجعل المجمل من جنس المفسر لو قال: بعتك هذا بمائة وخمسين درهمًا أو بخمسة وعشرين درهمًا لا يصح وهو قول شاذ ضعيف لا يعول عليه، وإن قال: له على ألف درهم إلاَّ خمسين فالمستثنى دراهم، لأن العرب لا تستثنى فى الإثبات إلاَّ من الجنس.

13- **مسألة: (وهذا اختيار ابن حامد والقاضى، وقال أبو الحسن التميمى وأبو الخطاب: يكون الألف مبهمًا يرجع فى تفسيره إليه وهو قول مالك والشافعى).**

لأن الاستثناء عندهما يصح من غير الجنس، ولأن لفظه فى الألف مبهم والدرهم لم يذكر تفسيرًا له فبقى على إبهامه.

ولنا: أنه لم يرد عن العرب الاستثناء فى الإثبات إلاَّ من الجنس فمتى علم أحد الطرفين

ثلاثة أوجه: أحدها: يبطل الإقرار لأنه أقر به لمن يدعيه، الثانى: ينزعه الحاكم من يده حتى يثبت لمدعيه ويؤجره ويحفظ أجرته لمالكه، والثالث: يدفع إلى مدعيه لعدم المنازع فيه ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كله كنحو ما ذكرنا.

٨٥٨- **مسألة:** قال (وكل من قلت القول قوله فلخصمه عليه اليمين).

يعنى فى هذا الباب وفيما أشبه مثل أن يقول عندى ألف ثم قال: وديعة، أو قال: على ثم

علم أن الآخر من جنسه، كما لو علم المستثنى منه وقد سلموه وعلته تلازم المستثنى والمستثنى منه فى الجنس فما ثبت فى أحدهما ثبت فى الآخر فعلى قول أبى الحسن التميمى وأبى الخطاب يُسأل عن المستثنى فإن فسره بغير الجنس بطل الاستثناء وعلى قول غيرهما ينظر فى المستثنى إن كان مثل المستثنى منه أو أكثر يبطل فى الأصح.

فصل: وإن قال: له تسعة وتسعون درهمًا فالجميع دراهم، ولا أعلم فيه خلافًا، وكذلك إن قال: مائة وخمسون درهمًا، وخرج بعض أصحابنا وجهًا أنه لا يكون تفسيرًا إلاَّ لما يليه، وهو قول بعض أصحاب الشافعى.

14- **مسألة:** (وإن قال: له فى هذا العبد شرك أو هو شريكى فيه أو هو شركة بينهما رجع إلى تفسير نصيب الشريك إليه).

وقال أبو يوسف: يكون مقراً بنصفه لقول الله تعالى: ﴿فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾ (النساء: ١٢) فاقتضى ذلك التسوية بينهم كذا ههنا.

ولنا: أن أى جزء كان له منه فله فيه شركة، وفكان له تفسيره بما شاء كالنصف، وليس إطلاق لفظ الشركة على ما دون النصف مجازًا ولا مخالفًا للظاهر، والآية ثبتت التسوية فيها بدليل آخر، وكذلك الحكم إذا قال هذا العبد شركة بيننا، وإن قال: له فيه سهم فكذلك، وقال القاضى: يحتمل على السدس كالوصية.

15- **مسألة:** (وإن قال له على أكثر من مال فلان قيل له فسر فإن فسره بأكثر منه قدرًا قبل، وإن قال: أردت أكثر بقاء ونفعًا، لأن الحلال أنفع من الحرام قبل قوله مع يمينه).

سواء علم مال فلان أو جهله أو ذكر قدره أو لم يذكره، أما إذا فسره بأكثر منه قدرًا فإنه يقبل تفسيره ويلزمه أكثر منه، وتفسير الزيادة بما يريد من قليل أو كثير ولو حبة حنطة، ولو قال: ما علمت لفلان أكثر من كذا وقامت البينة بأكثر منه لم يلزمه أكثر مما اعترف به، لأن مبلغ المال حقيقة لا تعرف فى الأكثر، وقد يكون ظاهرًا وباطنًا فيملك ما يعرفه المقر فكان المرجع إلى ما اعتقده المقر مع يمينه إذا ادعى عليه أكثر منه، وإن فسره بأقل من مال مع علمه بماله لم يقبل، وقال أصحابنا: يقبل تفسيره بالكثير والقليل، وهو مذهب الشافعى سواء علم مال فلان أو جهله أو ذكر قدره أو لم يذكره أو قاله عقيب الشهادة بقدره أولاً، لأنه لا يحتمل أنه أكثر منه بقاء أو منفعة أو بركة، لكونه من الحلال أو لأنه فى الذمة، قال القاضى:

قال وديعة أو قال له عندى رهن فقال المالك وديعة ومثل الشريك والمضارب والمنكر للدعوى، وإذا اختلفا فى قيمة الرهن أو قدره أو قدر الدين الذى الرهن به وأشباه هذا فكل من قلنا القول قوله فعليه لخصمه اليمين لقول النبى ﷺ: «لو أعطى الناس بدعاويهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه»[٣] رواه مسلم، ولأن اليمين يشرع فى حق من ظهر صدقه وقوى جانبه تقوية لقوله واستظهاراً والذى جعل القول قوله كذلك فيجب أن تشرع اليمين فى حقه.

ولو قال لى عليك ألف دينار فقال: لك على أكثر من ذلك لم يلزمه أكثر منها، لأن لفظه أكثر مبهمة لاحتمالها ما ذكرنا، ويحتمل أنه أراد أكثر منه فلوساً أو حبة حنطة أو شعير أو دخن فيرجع فى تفسيرها إليه، وهذا بعيد فإن لفظه أكثر إنما تستعمل حقيقة فى العدد أو فى القدر، وينصرف إلى جنس ما أضيف أكثر إليه لا يفهم فى الإطلاق غير ذلك، قال الله تعالى: ﴿كَانُوا أَكْثَرَ مِنْهُمْ﴾ (غافر: ٨٢) وأخبر عن الذى قال: ﴿أَنَا أَكْثَرُ مِنكَ مَالاً﴾ (الكهف: ٣٤) ﴿وَقَالُوا نَحْنُ أَكْثَرُ أَمْوَالاً وَأَوْلادًا﴾ (سبأ: ٣٥) والإقرار يؤخذ فيه بالظاهر دون مطلق الاحتمال، ولهذا لو أقر بدراهم لزمه أقل الجمع جياداً صحاحاً وازنة حالة، ولو قال: له على دراهم لم يقبل تفسيرها بالوديعة، ولو رجع إلى مطلق الاحتمال سقط الإقرار، واحتمال ما ذكروه أبعد من هذه الاحتمالات التى لم يقبلوا تفسيره بها فلا يعول على هذا.

16- **مسألة: (ولو ادعى عليه ديناً فقال: لفلان على أكثر مما لك، وقال: أردت التهزؤ لهما لزمه ويرجع فى تفسيره إليه فى أحد الوجهين)** .

وفى الآخر لا يلزمه شىء لأنه أقر لفلان بحق موصوف بالزيادة على مال المدعى فيجب عليه ما أقر به لفلان، ويجب للمدعى حق، لأن لفظه يقتضى أن يكون له شىء، وفى الآخر لا يلزمه شىء، لأنه يجوز أن يكون أراد حقك على أكثر من حقه والحق لا يختص بالمال.

فصل: إذا قال: له على ألف إلاَّ شيئًا قبل تفسيره بأكثر من خمسمائة، لأن الشىء يحتمل الكثير والقليل، لكن لا يجوز استثناء الأكثر فيتعين حمله على ما دون النصف، وكذلك إن قال إلاَّ قليلاً، لأنه مبهم فأشبه قوله إلاَّ شيئًا، وإن قال: له على معظم ألف أو جل ألف أو قريب من ألف لزمه أكثر من نصف الألف ويحلف على الزيادة إن ادعيت عليه.

فصل: وإن قال: له على ما بين درهم وعشرة لزمته ثمانية، لأن ذلك ما بينهما، وإن قال من درهم إلى عشرة ففيه ثلاثة أوجه **أحدها:** يلزمه تسعة وهذا يحكى عن أبى حنيفة، لأن «من» لابتداء الغاية وأول الغاية منها، و «إلى» لانتهاء الغاية فلا تدخل فيها كقوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾ (البقرة: ١٨٧) **والثانى:** تلزمه ثمانية، لأن الأول والعاشر حدان فلا يدخلان فى الإقرار ويلزمه ما بينهما كالتى قبلها.

---

(٣) انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٧٥).

فصل: إذا أقر أنه وهب وأقبض الهبة أو رهن وأقبض أو أنه قبض المبيع أو أجر المستأجر ثم أنكر ذلك وسأل إحلاف خصمه ففيه روايتان: **إحداهما:** لا يستحلف وهو قول أبى حنيفة ومحمد لأن دعواه تكذيب لإقراره فلا تسمع، كما لو أقر المضارب أنه ربح ألفًا ثم قال غلطت ولأن الإقرار أقوى من البينة، ولو شهدت البينة فقال احلفوه لى مع بينته لم يستحلف كذا ههنا، **والثانية:** يستحلف وهو قول الشافعى وأبى يوسف لأن العادة جارية

والثالث: تلزمه عشرة، لأن العاشر أحد الطرفين فيدخل فيها كالأول، وكما لو قال قرأت القرآن من أوله إلى آخره، وإن قال: أردت بقولى من واحد إلى عشرة مجموع الأعداد كلها أى الواحد والاثنان كذلك إلى العشرة لزمه خمسة وخمسون درهمًا واختصار حسابه أن تزيد أول العدد وهو واحد على العشرة فيصير أحد عشر ثم اضربها فى نصف العشرة فما بلغ فهو الجواب.

17- مسألة: (وإن قال: له على درهم أو تحت درهم أو فوقه أو تحته أو قبله أو بعده أو معه درهم أو درهم ودرهم أو درهم بل درهمان أو درهمان بل درهم لزمه درهمان).

إذا قال: له على درهم فوق درهم أو تحت درهم أو معه أو مع درهم، فقال القاضى: يلزمه درهم، وهو أحد قولى الشافعى، لأنه يحتمل فوق درهم فى الجودة أو فوق درهم لى وكذلك تحت درهم، وقوله معه درهم يحتمل معه درهم لى وكذلك مع درهم فلم يجب الزائد بالاحتمال، وقال أبو الخطاب: يلزمه درهمان وهو القول الثانى للشافعى، لأن هذا اللفظ يجرى مجرى العطف لكونه يقتضى ضم درهم آخر إليه وقد ذكر ذلك فى سياق الإقرار فالظاهر أنه إقرار، ولأن قوله «على» يقتضى فى ذمتى وليس للمقر فى ذمة نفسه درهم مع درهم المقر له ولا فوقه ولا تحته فإنه لا يثبت للإنسان فى ذمة نفسه شىء، وقال أبو حنيفة وأصحابه: إن قال فوق درهم لزمه درهمان، لأن فوق يقتضى فى الظاهر الزيادة، وإن قال تحت درهم لزمه درهم، لأن تحت يقتضى النقص.

ولنا أن حمل كلامه على معنى العطف فلا فرق بينهما، وإن حمل على الصفة للدرهم المقر به وجب أن يكون المقر به درهمًا واحدًا، سواء ذكره بما يقتضى زيادة أو نقصًا، وإن قال: له على درهم قبله درهم أو بعده درهم لزمه درهمان، فإن قال: قبله درهم وبعده درهم لزمه ثلاثة، لأن قبل وبعد تستعمل للتقديم والتأخير.

18- مسألة: (وإن قال: له على درهم ودرهم أو درهم فدرهم أو درهم ثم درهم لزمه درهمان).

وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه، وذكر القاضى وجهًا فيما إذا قال: درهم فدرهم وقال: أردت درهم فدرهم لازم لى أنه يقبل منه وهو قول الشافعى، لأنه يحتمل الصفة.

ولنا: أن الفاء أحد حروف العطف الثلاثة فأشبهت الواو وثم، لأنه عطف شيئًا على شىء

بالإقرار قبل القبض فيحتمل صحة ما قاله، فينبغي أن يستحلف خصمه لنفي الاحتمال، ويفارق الإقرار البينة لوجهين: **أحدهما**: أن العادة جارية بالإقرار بالقبض ولم تجر العادة بالشهادة على القبض قبله لأنها تكون شهادة زور، **والثاني**: أن إنكاره مع الشهادة طعن فى البينة وتكذيب لها وفى الإقرار بخلافه ولم يذكر القاضي فى المجرد غير هذا الوجه، وكذلك لو أقر أنه اقترض منه ألفًا وقبضها أو قال له على ألف ثم قال: ما كنت قبضتها وإنما أقررت

بالفاء فاقتضى ثبوتهما، كما لو قال: أنت طالق فطالق وقد سلمه الشافعي، وما ذكروه من احتمال الصفة بعيد لا يفهم حالة الإطلاق فلا يقبل تفسيره به كما لو فسر الدراهم المطلقة بأنها زيوف أو صغار أو مؤجلة، وإن قال: له على درهم ودرهم ودرهم لزمته ثلاثة، وحكى ابن أبى موسى عن بعض أصحابنا أنه إذا قال: أردت بالثالث تأكيد الثاني وبيانه أنه يقبل، وهو قول بعض أصحاب الشافعي، لأن الثالث فى لفظ الثاني وظاهر مذهبه أنه تلزمه الثلاثة، لأن الواو للعطف وهو يقتضي المغايرة فوجب أن يكون الثالث غير الثاني كما كان الثاني غير الأول، والإقرار لا يقتضي تأكيدًا فوجب حمله على العدد، وكذلك الحكم إذا قال: عليَّ درهم فدرهم أو درهم ثم درهم ثم درهم، فإن قال: له على درهم ودرهم ثم درهم أو درهم فدرهم ثم درهم أو درهم ثم درهم فدرهم لزمته الثلاثة وجهًا واحدًا، لأن الثالث مغاير للثاني لاختلاف حرفي العطف الداخلين فلم يحتمل التأكيد.

19- **مسألة: (فإن قال: له عليَّ درهم بل درهمان أو درهم لكن درهمان لزمه درهمان، وبه قال الشافعي، وقال زفر وداود: تلزمه ثلاثة، لأن بل للإضراب، فلما أقر بدرهم وأضرب عنه لزمه، لأنه لا يقبل رجوعه عما أقر به ولزمه الدرهمان اللذان أقر بهما).**

ولنا: أنه إنما نفى الاقتصار على واحد وأثبت الزيادة عليه فأشبه ما لو قال: له على درهم بل أكثر فإنه لا يلزمه أكثر من اثنين.

20- **مسألة: (وإن قال له على درهمان بل درهم أو درهم لكن درهم فهل يلزمه درهم أو درهمان؟ على وجهين).**

ذكرهما أبو بكر **أحدهما**: يلزمه درهم واحد، لأن أحمد قال فيمن قال لامرأته: أنت طالق بل أنت طالق، أنها لا تطلق إلا واحدة وهذا مذهب الشافعي، لأنه أقر بدرهم مرتين فلم يلزمه أكثر من درهم، كما لو أقر بدرهم ثم أنكره ثم قال: بل على درهم، ولكن للاستدراك فهي فى معنى بل، إلا أن الصحيح أنها لا تستعمل إلا بعد الجحد إلا أن يذكر بعدها الجملة، **والوجه الثاني**: يلزمه درهمان ذكره ابن أبي موسى وأبو بكر عبد العزيز ويقتضيه قول زفر وداود، لأن ما بعد الإضراب يغاير ما قبله فيجب أن يكون الدرهم الذى أضرب عنه غير الدرهم الذى أقر به بعده فيجب الإثبات، كما لو قال: له على درهم بل دينار، ولأن بل من حروف العطف والمعطوف غير المعطوف عليه فوجبا جميعًا، كما لو قال: له على درهم

لأقبضـها فالحكم كذلك ولأنه يـمكن أن يكون قد أقر بقبض ذلك بناء على قـول وكيله وظنه والشهـادة لا تجوز إلا على اليقـين، فأما إن أقر أنه وهبـه طعامًا ثم قـال ما أقبضـتكه، وقال المتهب بل أقبضتنيه فالقول قول الواهب، لأن الأصل عدم القبض، وإن فى يد المتهب فقال: أقبضتينها فقال: بل أخذتهـا منى بغير إذن فالقول قول الواهب أيضًا، لأن الأصل عدم الإذن، وإن كانت حين الهبة فى يد المتهب لم يعتبـر إذن الواهب وإنما يعتبر مضى مدة يتأتى القبض فيها، وعلى من قلنا القول قوله منهما اليمين لما ذكرنا.

ودرهم، ولأنَّا لو لم نوجب عليه إلا درهمًا جعلنا كلامه لغوًا وإضرابه غير مفيد، والأصل فى كلام العاقل أن يكون مفيدًا.

21- **مسألة:** **(ولو قال: له على هذا الدرهم بل هذان الدرهمان لزمته الثلاثة)**.

لا نعلم فى ذلك خلافًا، لأنه متى كان الذى أضرب عنه لا يمكن أن يكون المذكور بعده ولا بعضه مـثل أن يقول: له على درهم بل دينار أو قفيز حنطة بل قـفيز شعير لزمـه الجميع، لأن الأول لا يمكن أن يكون الثانى ولا بعـضه فكان مقـرّا بهما، ولا يقبل رجـوعه عن شىء منهما وكذلك كل جملتين أقر بإحداهما ثم رجع إلى الأخرى لزماه.

22- **مسألة:** (وإن قال: درهم فى دينار لزمه درهم وإن قـال: له على درهم فى عشرة لزمه درهم إلا أن يريد الحساب فيلزمه عشرة، إما إذا قال: له عندى درهم فى دينار فإنه يسأل عن مراده، فإن قـال: أردت العطف أو معنى مع لزمه الدرهم والدينار، وإن قـال: أسلمته فى دينار فصدقه المقر له بطل إقراره، لأن سلم أحد النقدين فى الآخر لا يصح، وإن كذبه فالقول قول المقر له، لأن المقر وصل إقراره بما يسقطه فلزمه درهم وبطل قوله فى دينار، وكذلك إن قـال: له درهم فى ثوب وفسـره بالسلم أو قال فى ثـوب اشتـريته منه إلى سنة فـصدقـه بطل إقراره، لأنه إن كان بعد التفرق بطل السلم وسقط الثمن، وإن كـان قبل التفرق فالمقر بالخيار بين الفسخ والإمضاء، وإن كذبه المقر له فالقول قوله مع يمينه وله الدرهم، وأما إذا قال درهم فى عـشرة وقـال أردت فى عشـرة لى لزمه درهم، لأنه يحـتمل مـا يقول، وإن قـال: أردت الحساب لزمه عشرة، وإن قال: أردت مع عشرة لزمـه أحد عشر، لأن كثيرًا من العوام يريدون بهـذا اللفظ هذا المعنـى، فإن كـان من أهل الحسـاب احتـمل أن لا يقـبل، لأن الظاهر من الحساب استعمال ألفاظه فى معانيها فى اصطلاحهم ويحتمل أن يقبل فإنه لا يمتنع أن يستعمل اصطلاح العامة).

23- **مسألة:** **(وإن قال: له عندى تمر فى جراب أو سكين فى قراب أو ثوب فى منديل أو عبد عليه عمامة أو دابة عليها سرج فهل يكون مقرّا بالمظروف دون الظرف؟ وجهان)**.

أحدهما: يكون مقرّا بالمظـروف دون الظرف، وهذا اختيار ابن حامـد ومذهب مالك والشافعى، لأن إقـراره يتناول الظرف فيحتمل أن يكون فى ظرف للمقر فلم يلزمه **والثانى:** يلزمه الجميع، لأنه ذكـر ذلك فى سياق الإقرار فلزمه، كما لو قـال: له على خاتم فيه فص،

٨٥٩- **مسألة:** قال: **(والإقرار بدين فى مرض موته كالإقرار فى الصحة إذا كان لغير وارث)**.

هذا ظاهر المذهب وهو قول أكثر أهل العلم قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن إقرار المريض فى مرضه لغير الوارث جائز وحكى أصحابنا رواية أخرى أنه لا يقبل لأنه إقرار فى مرض الموت أشبه الإقرار لوارث، وقال أبو الخطاب: فيه رواية أخرى أنه لا يقبل إقراره بزيادة على الثلث لأنه ممنوع من عطية ذلك لأجنبى كما هو ممنوع من عطية الوارث فلا يصح إقراره بما لا يملك عطيته بخلاف الثلث فما دون.

ولنا: أنه إقرار غير متهم فيه فقبل كالإقرار فى الصحة يحققه أن حالة المرض أقرب إلى الاحتياط لنفسه وإبراء ذمته وتحرى الصدق فكان أولى بالقبول، وفارق الإقرار للوارث لأنه متهم فيه على ما سنذكره.

وكذلك إن قال: غصبت منه ثوبًا فى منديل أو زيتًا فى زق، واختار شيخنا فيما إذا قال: عبد عليه عمامة أن يكون مقرًا بهما وهو قول أصحاب الشافعى، وقال أبو حنيفة فى الغصب: يلزمه ولا يلزمه فى بقية الصور، لأن المنديل يكون ظرفًا للثوب فالظاهر أنه ظرف له فى حال الغصب فصار كأنه قال: غصبت ثوبًا ومنديلاً.

ولنا: أنه يحتمل أن يكون المنديل للغاصب وهو ظرف للثوب فيقول: غصبت ثوبًا فى منديل، ولو قال هذا لم يكن مقرًا بغصبه، فإذا أطلق كان محتملاً له فلم يكن مقرًا بغصبه، كما لو قال: غصبت دابة فى اصطبلها.

24- **مسألة:** **(وإن قال: له عندى خاتم فيه فص فهو مقر بهما)**.

لأن الفص جزء من الخاتم فأشبه ما لو قال: له على ثوب فيه علم، ويحتمل أن يخرج على الوجهين فيكون مقرًا بالخاتم وحده، وإن قال: فص فى خاتم احتمل وجهين، فإن قال: له عندى خاتم وأطلق لزمه الخاتم بفصه، لأن اسم الخاتم يجمعهما، وكذلك إن قال: له على ثوب مطرز لزمه الثوب بطرازه لما ذكرنا.

فصل: وإن قال: له عندى دار مفروشة أو دابة مسرجة أو عبد عليه عمامة ففيه أيضًا وجهان ذكرناهما، وقال أصحاب الشافعى: تلزمه عمامة العبد دون السرج، لأن العبد يده على عمامته ويده كيد سيده ولا يد للدابة والدار.

ولنا أن الظاهر أن سرج الدابة لصاحبها، وكذلك لو تنازع رجلان سرجًا على دابة أحدهما كان لصاحبها فهو كعمامة العبد، فأما إن قال: له عندى دابة بسرجها أو دار بفرشها أو سفينة بطعامها كان مقرًا بهما بغير خلاف، لأن الباء تعلق الثانى بالأول.

25- **مسألة:** **(وإن قال: له على درهم أو دينار لزمه أحدهما يرجع فى تفسيره إليه)**.

لأن أو وإما فى الخبر للشك وتقتضى أحد المذكورين لا هما، فإن قال: له على إما درهم وإما درهمان كان مقرًا بدرهم، والثانى مشكوك فيه فلا يلزم بالشك.

فصل: فإن أقر لأجنبى بدين فى مرضه وعليه دين ثبت ببينة أو إقرار فى صحته وفى المال سعة لهما سواء وإن ضاق عن قضائهما فظاهر كلام الخرقى أنهما سواء وهو اختيار التميمى وبه قال مالك والشافعى وأبو ثور وذكر أبو عبيد أنه قول أكثر أهل المدينة، لأنهما حقان يجب قضاؤهما من رأس المال لم يختص أحدهما برهن فاستويا كما لو ثبتا ببينة، وقال أبو الخطاب: لا يحاص غرماء الصحة، وقال القاضى هو قياس المذهب لنص أحمد فى المفلس أنه إذا أقر وعليه دين ببينة يبدأ بالدين الذى بالبينة وبهذا قال النخعى والثورى وأصحاب الرأى لأنه أقر بعد تعلق الحق بتركته فوجب أن لا يشارك المقر له من ثبت دينه ببينة كغريم المفلس الذى أقر له بعد الحجر عليه، والدليل على تعلق الحق بماله منعه من التبرع ومن الإقرار لوارث، ولأنه محجور عليه ولهذا لا تنفذ هباته وتبرعاته فلم يشارك من أقر له قبل الحجر، ومن ثبت دينه ببينة كالذى أقر له المفلس، وإن أقر لهما جميعًا فى المرض تساويا ولم يقدم السباق منهما لأنهما استويا فى الحال فأشبها غريمى الصحة.

٨٦٠- **مسألة:** قال: **(وإن أقر لوارث لم يلزم باقى الورثة قبوله إلا ببينة)**

وبهذا قالشريح وأبو هاشم وابن أذينة (*) والنخعى ويحيى الأنصارى وأبو حنيفة وأصحابه وروى ذلك عن القاسم وسالم وقال عطاء والحسن وإسحاق وأبو ثور يقبل لأن من صح الإقرار له فى الصحة صح فى المرض كالأجنبى، وللشافعى قولان كالمذهبين، وقال مالك يصح إذا لم يتهم ويبطل إن اتهم كمن له بنت وابن عم فأقر لابنته لم يقبل، وإن أقر لابن عمه قبل لأنه لا يتهم فى أنه يزوى ابنته ويوصل المال إلى ابن عمه وعلة منع الإقرار التهمة فاختص المنع بموضعها.

ولنا: أنه إيصال لماله إلى وارثه بقوله فى مرض موته فلم يصح بغير رضى ورثته كهبته ولأنه محجور عليه فى حقه فلم يصح إقراره له كالصبى فى حق جميع الناس وفارق الأجنبى فإن هبته له تصح، وما ذكره مالك لا يصح، فإن التهمة لا يمكن اعتبارها بنفسها فوجب اعتبارها بمظنتها وهو الإرث وكذلك اعتبر فى الوصية والتبرع وغيرهما.

فصل: وإن أقر لامرأته بمهر مثلها أو دونه صح فى قولهم جميعًا لا نعلم فيه مخالفًا إلا الشعبى قال لا يجوز إقراره لها لأنه إقرار لوارث.

ولنا: أنه إقرار بما تحقق سببه وعلم وجوده ولم تعلم البراءة منه فأشبه ما لو كان عليه دين ببينة فأقر بأنه لم يوفه، وكذلك إن اشترى من وارثه شيئًا فأقر له بثمن مثله لأن القول قول المقر له فى أنه لم يقبض ثمنه، وإن أقر لامرأته بدين سوى الصداق لم يقبل وإن أقر لها ثم أبانها ثم رجع تزوجها ومات فى مرضه لم يقبل إقراره لها، وقال محمد بن الحسن: يقبل لأنها صارت إلى حال لا يتهم فيها فأشبه ما لو أقر المريض ثم برأ.

(*) هو عروة بن أذينة، هو من بنى ليث وكان شريفًا ثبتًا يحمل عنه الحديث، قال الأصمعى: كان عروة بن أذينة ثقة ثبتًا يروى عنه مالك بن أنس الفقه. انظر الشعر والشعراء (٣٨٤).

ولنا: أنه إقرار لوارث فى مرض الموت أشبه ما لو لم يبنها، وفارق ما إذا صح من مرضه لأنه لايكون مرض الموت.

فصل: وإن أقر لوارث فصار غير وارث كرجل أقر لأخيه ولد له ثم ولد له ابن لم يصح إقراره له وإن أقر لغير وارث ثم صار وارثًا صح إقراره له نص عليه أحمد فى رواية ابن منصور إذا أقر لامرأة بدين فى المرض ثم تزوجها جاز إقراره لأنه غير متهم وحكى له قول سفيان فى رجل له ابنان فأقر لأحدهما بدين فى مرضه ثم مات الابن وترك ابنًا والأب حى ثم مات بعد ذلك جاز إقراره فقال أحمد: لا يجوز، وبهذا قال عثمان البتى وذكر أبو الخطاب رواية أخرى فى الصورتين مخالفة لما قلنا وهو قول سفيان الثورى والشافعى لأنه معنى يعتبر فيه عدم الميراث فكان الاعتبار فيه بحالة الموت كالوصية.

ولنا: أنه قول تعتبر فيه التهمة فاعتبرت حال وجوده دون غيره كالشهادة ولأنه إذا أقر لغير وارث ثبت الإقرار وصح لوجوده من أهله خاليًا عن تهمة فيثبت الحق به ولم يوجد مسقط له فلا يسقط وإذا أقر لوارث وقع باطلاً لاقتران التهمة به فلا يصح بعد ذلك، ولأنه إقرار لوارث فلم يصح كما لو استمر الميراث وإن أقر لغير وارث صح واستمر كما لو استمر عدم الإرث أما الوصية فإنها عطية بعد الموت فاعتبرت فيها حالة الموت بخلاف مسألتنا.

فصل: وإن أقر لوارث وأجنبى بطل فى حق الوارث وصح فى حق الأجنبى ويحتمل أن لا يصح فى حق الأجنبى كما لو شهد بشهادة يجر إلى نفسه بعضها بطلت شهادته فى الكل وكما لو شهد لابنه وأجنبى، وقال أبو حنيفة إن أقر لهما بدين من الشركة فاعترف الأجنبى بالشركة صح الإقرار لهما وإن جحدها صح له دون الوارث.

ولنا: أنه إقرار لوارث وأجنبى فيصح للأجنبى دون الوارث كما لو أقر بلفظين أو كما لو جحد الأجنبى الشركة، ويفارق الإقرار الشهادة لقوة الإقرار ولذلك لا تعتبر فيه العدالة، ولو أقر بشىء له فيه نفع كالإقرار بنسب موسر قبل ولو أقر بشىء يتضمن دعوى على غيره قبل فيما عليه دون ما له كما لو قال لامرأته خلعتك على ألف بانت بإقراره والقول قولها فى نفى العوض وإن قال لعبده اشتريت نفسك منى بألف فكذلك.

فصل: ويصح إقرار المريض بوارث فى إحدى الروايتين، والأخرى لا يصح، لأنه إقرار لوارث فأشبه الإقرار له بمال، والأول أصح، لأنه عند الإقرار غير وارث فصح كما لو لم يصر وارثًا ويمكن بناء هذه المسألة على ما إذا أقر لغير وارث ثم صار وارثًا فمن صحح الإقرار ثم صححه هنا ومن أبطله أبطله، وإن ملك ابن عمه فأقر فى مرضه أنه كان أعتقه فى صحته وهو أقرب عصبته عتق ولم يرثه، لأن توريثه بوجب إبطال الإقرار بحريته وإذا بطلت الحرية سقط الإرث فصار توريثه سببًا إلى إسقاط توريثه فأسقطنا التوريث وحده، ويحتمل أن يرث لأنه حين الإقرار غير وارث فصح إقراره له كالمسألة قبلها.

فصل: ويصح الإقرار من المريض بإحبال الأمة لأنه يملك ذلك فملك الإقرار به وكذلك

كل ما ملكه ملك الإقرار به، فإذا أقر بذلك ثم مات، فإن بين أنه استولدها فى ملكه فولده حر الأصل وأمه أم ولد تعتق من رأس المال، وإن قال من نكاح أو وطء شبهة لم تصر الأمة أم ولد وعتق الولد فإن كان من نكاح فعليه الولاء، لأنه مسه رق، وإن قال من وطء شبهة لم تصر الأمة أم ولد، وأن لم يتبين السبب فالأمة مملوكة، لأن الأصل الرق ولم يثبت سبب الحرية ويحتمل أن تصير أم ولد، لأن الظاهر استيلادها فى ملكه من قبل أنها مملوكته والولادة موجودة ولا ولاء على الولد، لأن الأصل عدمه فلا يثبت إلا بدليل.

فصل: فى الألفاظ التى يثبت بها الإقرار: إذا قال: له على ألف، أو قال: له لى عليك ألف، فقال نعم أو أجل أو صدقت أو لعمرى أو أنا مقر به أو بما ادعيت أو بدعواك، كان مقرًا فى جميع ذلك، لأن هذه الألفاظ وضعت للتصديق، قال الله تعالى: ﴿فَهَلْ وَجَدتُّم مَّا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا قَالُوا نَعَمْ﴾ (الأعراف: ٤٤) وإن قال: أليس لى عندك ألف؟ قال بلى، كان إقرارًا صحيحًا لأن بلى جواب للسؤال بحرف النفى، قال الله تعالى: ﴿أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَىٰ﴾ (الأعراف: ١٧٢) وإن قال لك على ألف فى علمى أو فيما أعلم كان مقرًا به لأن ما فى علمه لا يحتمل إلا الوجوب، وإن قال: اقضنى الألف الذى لى عليك قال نعم، كان مقرًا به لأنه تصديق لما ادعاه، وإن قال: اشتر عبدى هذا، أو أعطنى عبدى هذا، فقال نعم: كان إقرارًا لما ذكرنا وإن قال لك على ألف إن شاء الله تعالى كان مقرًا به نص عليه أحمد، وقال أصحاب الشافعى: ليس بإقرار، لأنه علق إقراره على شرط فلم يصح كما لو علقه على مشيئة زيد، ولأن ما علق على مشيئة الله تعالى لا سبيل إلى معرفته.

ولنا: أنه وصل إقراره بما يرفعه كله ولا يصرفه إلى غير الإقرار فلزمه ما أقر به وبطل ما وصله به كما لو قال: له على ألف إلا ألفًا، ولأنه عقب الإقرار بما لا يفيد حكمًا آخر ولا يقتضى رفع الحكم أشبه ما لو قال: له على ألف فى مشيئة الله تعالى، وإن قال: له على ألف إلا أن يشاء الله صح الإقرار، لأنه أقر ثم علق رفع الإقرار على أمر لا يعلم فلم يرتفع وإن قال: لك على ألف إن شئت أو إن شاء زيد لم يصح الإقرار، وقال القاضى، يصح، لأنه عقبه بما يرفعه فصح الإقرار دون ما يرفعه كاستثناء الكل، وكما لو قال إن شاء الله.

ولنا: أنه علقه على شرط يمكن علمه فلم يصح كما لو قال: له على ألف إن شهد بها فلان وذلك لأن الإقرار إخبار بحق سابق فلا يتعلق على شرط مستقبل، ويفارق التعليق على مشيئة الله تعالى فإن مشيئة الله تعالى تذكر فى الكلام تبركًا وصلة وتفويضًا إلى الله تعالى لا للاشتراط كقول الله تعالى: ﴿لَتَدْخُلُنَّ الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ إِن شَاءَ اللَّهُ آمِنِينَ مُحَلِّقِينَ رُءُوسَكُمْ﴾ (الفتح: ٢٧) وقد علم الله أنهم سيدخلون بغير شك ويقول الناس صلينا إن شاء الله تعالى مع تيقنهم صلاتهم، بخلاف مشيئة الآدمى، الثانى: أن ميشئة الله تعالى لا تعلم إلا بوقوع الأمر فلا يمكن وقف الأمر على وجودها، ومشيئة الآدمى يمكن العلم بها فيمكن جعلها شرطًا بتوقف الأمر على وجودها، والماضى لا يمكن وقفه فيتعين حمل الأمر هٰهنا على المستقبل فيكون

وعدًا لا إقرارًا، وإن قال بعتك إن شاء الله تعالى أو زوجتك إن شاء الله تعالى فقال أبو إسحاق ابن شاقلا: لا أعلم خلافًا عنه فى أنه إذا قيل له: قبلت هذا النكاح؟ فقال: نعم إن شاء الله تعالى إن النكاح وقع به، قال أبو حنيفة: ولو قال بعتك بألف إن شئت فقال: قد شئت وقبلت صح لأن هذا الشرط من موجب العقد ومقتضاه فإن الإيجاب إذا وجد من البائع كان القبول إلى مشيئة المشترى واختياره وإن قال: له على ألفان إن قدم فلان لم يلزمه لأنه لم يقر بها فى الحال وما لا يلزمه فى الحال لا يصير واجبًا عند وجود الشرط، وإن قال: إن شهد فلان على لك بألف صدقته لم يكن إقرارً لأنه يجوز إن يصدق الكاذب، وإن قال: إن شهد بها فلان فهو صادق احتمل أن لا يكون إقرارًا لأنه علقه على شرط فأشبهت التى قبلها واحتمل أن يكون إقرارًا فى الحال لأنه يتصور صدقه إذا شهد بها إلا أن تكون ثابتة فى الحال وقد أقر بصدقه، وإن قال: له على ألف إن شهد بها فلان لم يكن إقرارًا لأنه معلق على شرط.

فصل: وإن قال: لى عليك ألف فقال: أنا أقر لم يكن إقرارًا لأنه وعد بالإقرار فى المستقبل وإن قال: لا أنكر لم يكن إقرارًا لأنه لا يلزم من عدم الإنكار الإقرار، فإن بينهما قسمًا آخر وهو السكوت عنهما، وإن قال: لا أنكر أن تكون محقًا لم يكن إقرارًا لذلك وإن قال: أنا مقر ولم يزد احتمل أن يكون مقرًا لأن ذلك عقيب الدعوى فيصرف إليها وكذلك إن قال أقررت قال الله تعالى: ﴿قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِى قَالُوا أَقْرَرْنَا﴾ (آل عمران: ٨١) ولم يقولوا أقررنا بذلك ولا زادوا عليه فكان منهم إقرارًا واحتمل أن لا يكون مقرًا، لأنه يحتمل أن يريد غير ذلك مثل أن يريد أنا مقر بالشهادة أو ببطلان دعواك وإن قال لعل أو عسى لم يكن مقرّا لأنهما للترجى، وإن قال: أظن أو أحب أو أقدر لم يكن إقرارًا لأن هذه الألفاظ تستعمل للشك، وإن قال: خذ أو اتزن لم يكن مقرّا لأنه يحتمل خذ الجواب أو اتزن شيئًا خر، وإن قال: خذها أو اتزنها أو هى صحاح ففيه وجهان: **أحدهما:** ليس بإقرار لأن الصفة ترجع إلى المدعى ولم يقر بوجوبه ولأنه يحوز أن يعطيه ما يدعيه من غير أن يكون واجبًا عليه فأمره بأخذها أولى أن لا يلزم منه الوجوب، **والثانى:** يكون إقرارًا، لأن الضمير يعود إلى ما تقدم وإن قال له على ألف إذا جاء رأس الشهر أو إذا جاء رأس الشهر فله على ألف فقال أصحابنا الأول إقرار والثانى ليس بإقرار وهذا منصوص الشافعى، لأنه فى الأول بدأ بالإقرار والثانى ليس بإقرار ثم عقبه بما لا يقتضى رفعه، لأن قوله إذا جاء رأس الشهر يحتمل أنه أراد المحل فلا يبطل الإقرار بأمر محتمل وفى الثانى بدأ بالشرط فعلق عليه لفظًا يصلح للإقرار ويصلح للوعد فلا يكون إقرارًا مع الاحتمال ويحتمل أنه لا فرق بينهما لأن تقديم الشرط وتأخيره سواء فيكون فيهما جميعًا وجهان.

فهرس موضوعات المجلد السادس

الموضوع	الصفحة
باب القرض	٥
والقرض مندوب إليه في حق المقرض مباح للمقترض	٦
لا يصح القرض إلا من جائز التصرف	٧
يجوز قرض المكيل والموزون بغير خلاف	٨
يجوز قرض الخبز	١٣
كل قرض شرط فيه أن يزيده فهو حرام بغير خلاف	١٤
المستقرض يرد المثل في المثليات	٢١
كتاب الرهن	٢٣
ويجوز الرهن في الحضر كما يجوز في السفر	٢٤
والرهن غير واجب	٢٤
ولا يصح الرهن إلا أن يكون مقبوضًا من جائز الأمر	٢٦
ولو حجر على الراهن لفلس قبل التسليم لم يكن له تسليمه	٢٧
واستدامة القبض شرط للزوم الرهن	٢٨
وليس للمرتهن قبض الرهن إلا بإذن الراهن	٢٨
ويجوز أن يوكل في قبض الرهن	٣١
وكل عين جاز بيعها جاز رهنها	٣٢
ويصح رهن المرتد والقاتل في المحاربة والجاني	٣٣
ويجوز رهن الجارية دون ولدها، ورهن ولدها دونها	٣٥
يجوز رهن العصير	٣٦
حكم رهن المصحف	٤٠
يجوز أن يستعير شيئًا يرهنه	٤٥
ولو استعار من رجل عبدًا ليرهنه بمائة فرهنه عند رجلين صح	٤٩
لا يصح رهن ما لا يصح بيعه	٥٠
لا يصح رهن العبد المسلم لكافر	٥٤
إذا قبض الرهن من تشارطا أن يكون على يديه صار مقبوضًا	٥٥
إذا كان الرهن على يد عدل وشرطا له أن يبيعه عند حلول الحق صح	٥٧
لا يرهن مال من أوصى إليه بحفظ ماله إلا من ثقة	٦١
إذا قضاه بعض الحق كان الرهن بحاله على ما بقي	٦٢
إذا أعتق الراهن عبده المرهون فقد صار حرًّا	٦٢
إن تصرف الراهن بغير العتق، كالبيع والإجارة والهبة والوقف والرهن وغيره، فتصرفه باطل	٦٣
لا يجوز للراهن وطء أمته المرهونة في قول أكثر أهل العلم	٦٤
لا يحل للمرتهن وطء الجارية المرهونة إجماعًا	٧٢

الموضـــــوع	الصفحة
إذا جنى العبد المرهون فالمجنى عليه أحق برقبته من مرتهنه حتى يستوفى حقه فإن اختار سيده أن يفديه وفعل فهو رهن بحاله	٧٥
إن جرح العبد المرهون أو قتل فالخصم فى ذلك سيده وما قبض بسبب ذلك من شىء فهو رهن	٨١
إذا اشترى منه سلعة على أن يرهنه بها شيئًا من ماله يعرفانه أو على أن يعطيه بالثمن حميلاً يعرفانه فالبيع جائز	٨٥
إن تعيب الرهن أو استحال العصير خمرًا قبل قبضه فللبائع الخيار بين قبضه معيبًا ورضاه بلا رهن	٨٧
الشروط فى الرهن تنقسم قسمين صحيحًا وفاسدًا	٩٤
إذا فسد الرهن وقبضه المرتهن لم يكن عليه ضمانه	٩٩
لا ينتفع المرتهن من الرهن بشىء إلا ما كان مركوبًا أو محلوبًا فيركب ويحلب بقدر العلف	١٠٠
إذا انتفع المرتهن بالرهن باستخدام أو ركوب أو لبس أو استرضاع أو استغلال أو سكنى أو غيره حسب من دينه بقدر ذلك	١٠٣
غلة الدار وخدمة العبد وحمل الشاة وغيرها وثمرة الشجرة المرهونة من الرهن	١٠٣
يس للراهن الانتفاع بالرهن باستخدام ولا وطء ولا سكنى ولا غير ذلك	١٠٦
مؤنة الرهن على الراهن، فإن كان عبدًا فمات فعليه كفنه، وإن كان مما يخزن فعليه كراء مخزنه	١٠٧
إن كان الرهن ثمرة فاحتاجت إلى سقى وتسوية وجذاذ فذلك على الراهن	١٠٨
فإن كان الرهن نخلاً فاحتاج إلى تأبير فهو على الراهن وليس للمرتهن منعه	١١٣
الرهن إذا تلف بغير جناية من المرتهن رجع المرتهن بحقه عند محله وكانت المصيبة فيه من راهنه وإن كان بتعدى المرتهن أو لم يحرزه ضمن	١١٥
إذا اتفق المتراهنان على قبض العدل للرهن لزم الرهن فى حقهما ولم يضر إنكاره، لأن الحق لهما	١٢٣
إذا أذن المرتهن الراهن فى بيع الرهن بعد حلول الحق جاز وتعلق حقه بثمنه، وإن أذن له قبل حلوله مطلقًا فباعه بطل الرهن ولم يكن عليه عوضه	١٢٦
المرتهن أحق بثمن الرهن من جميع الغرماء حتى يستوفى حقه حيًا كان الراهن أو ميتًا	١٢٨
من استأجر دارًا أو بعيرًا بعينه أو شيئًا غيرهما بعينه ثم أفلس المؤجر فالمستأجر أحق بالعين التى استأجرها من الغرماء حتى يستوفى حقه	١٢٩

الموضوع	الصفحة
كتاب المفلس	١٣٢
تى لزم الإنسان ديون حالة لا يفى ماله بها فسأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه لزمته إجابتهم	١٣٣
إذا فلَّس الحاكم رجلاً فأصاب أحد الغرماء عين ماله فهو أحق به إلا أن يشاء تركه ويكون أسوة الغرماء	١٣٤
من استأجر أرضًا ليزرعها فأفلس قبل مضى شيء من المدة فللمؤجر فسخ الإجارة	١٣٧
إن كانت السلعة قد تلف بعضها أو مزيدة بما لا تنفصل زيادتها أو نقد بعض ثمنها كان البائع فيها كأسوة الغرماء	١٣٩
إن اشترى زيتًا فخلطه بزيت آخر قمحًا فخلطه بما لا يمكن تمييزه منه سقط حق الرجوع	١٤٢
إذا أقر الغرماء بأن الزرع أو الطلع للبائع ولم يشهدوا به أو شهدوا به ولم يكونوا عدولاً أو لم يحكم بشهادتهم حلف المفلس	١٥٣
إذا اشترى غراسًا فغرسه فى أرضه ثم أفلس ولم يزد الغراس فله الرجوع فيه	١٥٩
إن أفلس بعد خروج المبيع من ملكه ببيع، أو هبة أو وقف أو عتق أو غير ذلك لم يكن للبائع الرجوع	١٦٢
من وجب له حق بشاهد فلم يحلف لم يكن للغرماء أن يحلفوا معه ويستحقوا	١٦٦
إذا كان على المفلس دين مؤجل لم يحل بالتفليس وكذلك فى الدين الذى على الميت إذا وثق الورثة	١٦٦
إذا كان على المفلس دين مؤجل لم يحل بالتفليس وكذلك فى الدين الذى على الميت إذا وثق الورثة	١٦٦
كل ما فعله المفلس فى ماله قبل أن يقفه الحاكم فجائز	١٦٩
يستحب إظهار الحجر عليه لتجتنب معاملته	١٧٣
ينفق على المفلس وعلى من تلزمه مؤنته بالمعروف من ماله إلى أن يفرغ من قسمته بين غرمائه	١٧٤
إن مات المفلس كُفِّنَ من ماله	١٧٥
لا تباع داره التى لا غنى عن سكناها	١٧٦
إذا تلف شيء من مال المفلس تحت يد الأمين أو بيع شيء من ماله وأودع ثمنه فتلف عند المودع، فهو من ضمان المفلس	١٨٢
متى ثبت إعساره عند الحاكم لم يكن لأحد مطالبته وملازمته	١٨٨
من وجب عليه حق فذكر أنه معسر به حبس إلى أن يأتى ببينة تشهد بعسرته	١٨٩
إذا امتنع الموسر من قضاء الدين فلغريمه ملازمته ومطالبته والإغلاظ له بالقول	١٩٣
إذا مات فتبين أنه كان مفلسًا لم يكن لأحد من الغرماء أن يأخذ عين ماله	١٩٤

الموضـــــوع	الصفحة
من أراد سفراً وعليه حق يستحق قبل مدة سفره فلصاحب الحق منعه	١٩٥
كتاب الحجر	١٩٧
من أونس منه رشد دفع إليه ماله إذا كان قد بلغ	١٩٨
هل يجوز للمرأة الصدقة من مال زوجها بالشيء اليسير بغير إذنه	٢١٢
الرشد الصلاح فى المال	٢١٩
لحكم فى الصبى والمجنون كالحكم فى السفيه	٢٣٢
إذا أذن ولى السفيه له فى البيع والشراء فهل يصح منه	٢٣٥
كتاب الصلح	٢٣٦
الصلح الذى يجوز	٢٣٧
من اعترف بحق فصالح على بعضه لم يكن ذلك صلحًا	٢٥١
يصح الصلح عن المجهول	٢٦٠
صح الصلح عن كل ما يجوز أخذ العوض عنه	٢٦٢
لا يجوز إخراج الميازيب إلى الطريق الأعظم	٢٧١
إذا تداعى نفسان جداراً معقوداً ببناء كل واحد منهما تحالفا، وكان بينهما،	٢٧٧
ليس للرجل التصرف فى ملكه تصرفًا يضر بجاره	٢٩١
كتاب الحوالة والضمان	٢٩٥
من أحيل بحقه على من عليه مثل ذلك الحق فرضى فقد برئ المحيل أبداً	٢٩٦

الموضـــــوع	الصفحة
باب الضمان	٣١٣
من يصح ضمانه ومن لا يصح	٣٢١
لا يبرأ المضمون عنه بأداء الضامن	٣٢٦
إن أبرأ صاحب الدين المضمون عنه برئت ذمة الضامن	٣٢٩
جواز أن يضمن الحق عن الرجل الواحد اثنان وأكثر	٣٣١
لا يدخل الضمان والكفالة خيار	٣٤١
من كفل بنفس لزمه ما عليها إن لم يسلمها	٣٤٢
تصح الكفالة ببدن كل ما يلزم حضوره فى مجلس الحكم بدين لازم	٣٤٣
لا تجوز الكفالة بالمكاتب من أجل دين الكتابة	٣٤٥
لو تكفل اثنان بواحد صح	٣٥٠
كتاب الشركة	٣٥٧
يُشَارَكُ اليهودى والنصرانى	٣٥٨
شركة الأبدان جائزة	٣٥٩
يجوز جعل رأس المال الدراهم والدنانير	٣٧٢
الشركة من العقود الجائزة، تبطل بموت أحد الشريكين وجنونه والحجر عليه للسفه وبالفسخ من أحدهما	٣٨١
إن مات أحد الشريكين وله وارث رشيد فله أن يقيم على الشركة ويأذن له الشريك فى التصرف	٣٨٢
شركة المفاوضة	٣٨٦
من شرط صحة المضاربة: تقدير نصيب العامل	٣٨٨

الموضوع	الصفحة
ليس للمضارب ربح حتى يستوفى رأس المال	٤١٨
المضاربة من العقود الجائزة	٤٣١
إن انفسخ القراض والمال دين لزم العامل تقاضيه	٤٣٣
الشروط فى المضاربة	٤٣٧
المضاربة الفاسدة	٤٤١
العامل أمين فى مال المضاربة	٤٤٦
فصول: فى العبد المأذون له	٤٥٦
ولا يبطل الإذن بالإباق	٤٥٦
كتاب الوكالة	٤٥٨
كل من صح تصرفه فى شيء بنفسه، وكان مما تدخله النيابة: صح أن يوكل فيه رجلاً أو امرأة، حرًا أو عبدًا، مسلمًا كان أو كافرًا	٤٦٠
للمكاتب أن يوكل فيما يتصرف فيه بنفسه	٤٦١
كل ما جاز التوكيل فيه جاز استيفاؤه فى حضرة الموكل وغيبته	٤٦٦
لا تصح الوكالة إلا بالإيجاب والقبول	٤٦٧
لا تصح الوكالة إلا فى تصرف معلوم	٤٦٩
إذا قبض الوكيل ثمن المبيع فهو أمانة فى يده، لا يلزمه تسليمه قبل طلبه ولا يضمنه بتأخيره	٤٨٦
شراء الوكيل من نفسه غير جائز وكذلك الوصى	٤٩٣
لحكم فى الحاكم وأمينه كالحكم فى الوكيل	٤٩٥
شراء الرجل لنفسه من مال ولده الطفل جائز، وكذلك شراؤه له من نفسه	٤٩٨
إن تلفت العين التى وكل فى التصرف فيها بطلت الوكالة	٥٠٣
لا يملك الوكيل من التصرف إلا ما يقتضيه إذن موكله من جهة النطق أو من جهة العرف	٥١٢
إذا اشترى الوكيل لموكله شيئًا بإذنه انتقل الملك من البائع إلى الموكل ولم يدخل فى ملك الوكيل	٥٢٦
لا تثبت الوكالة والعزل بخبر الواحد	٥٢٩
تقبل شهادة الوكيل على موكله لعدم التهمة	٥٣٠
كتاب الإقرار بالحقوق	٥٣٥
لا يصح الإقرار إلا من عاقل مختار	٥٣٥
يصح الإقرار لكل من يثبت له الحق	٥٤٠
من أقر بشيء واستثنى من غير جنسه كان استثناؤه باطلاً، إلا أن يستثنى عينًا من ورق، أو ورقًا من عين	٥٤١
حكم الاستثناء بسائر أدواته حكم الاستثناء بإلا	٥٤٦
يصح استثناء الكل بغير خلاف	٥٤٧
إن استثنى استثناء بعد استثناء وعطف الثانى على الأول كان مضافًا إليه	٥٤٨
فصل: فى الإقرار بالمجهول	٥٧٩
فصل: فى شروط الإقرار بالنسب	٥٩٣
إذا شهد من الورثة رجلان عدلان بنسب مشارك لهم فى الميراث ثبت نسبه إذا لم يكونا متهمين	٦٠١

الموضـــــــــوع	الصفحة
إذا ثبـت النسب بـالإقــرار ثم أنـكر المقر، لم يقبل إنكاره	٦٠٢
الإقرار بدين فى مرض مـوته كالإقرار فى الصحة إذا كان لغير وارث	٦٢٠
إن أقــر لوارث لم يلزم باقــى الورثة قبوله إلا ببينة	٦٢١
يصح إقرار المريض بوارث	٦٢٢
الألفاظ التى يثبت بها الإقرار	٦٢٣